

TESIS DOCTORAL



ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

Cuestiones especialmente polémicas

PROGRAMA DE DOCTORADO: DERECHO PENAL Y
POLÍTICA CRIMINAL

UNIVERSIDAD DE GRANADA

Departamento: DERECHO PENAL – FACULTAD DE DERECHO

Programa: DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL.

Tesis Doctoral: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS.

Coordinador: PROF. D. CARLOS ARÁNGUEZ SÁNCHEZ

Doctorando: RACHID MOHAMED HAMMU

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Rachid Mohamed Hammu
ISBN: 978-84-9163-317-4
URI: <http://hdl.handle.net/10481/47476>

ÍNDICE

I.- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE ALGUNOS ELEMENTOS BÁSICOS DEL TIPO

I.1.- LA SALUD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

I.2- ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO EL EN DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS: ERROR DE TIPO Y TEORÍA DE LA IGNORANCIA DELIBERADA

- A. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO
- B. EL ERROR DE TIPO EN LOS DELITOS CONTRA LA
SALUD PÚBLICA
- C. TEORÍA DE LA IGNORANCIA DELIBERADA EN EL
TRÁFICO DE DROGAS

I.3.- CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE DROGA

- A. INTRODUCCIÓN
- B. EL CONCEPTO DE DROGA. EL ART. 368 CÓDIGO
PENAL COMO LEY PENAL EN BLANCO.
- C. DROGAS QUE CAUSAN GRAVE DAÑO A LA SALUD Y
DROGAS QUE NO CAUSAN GRAVE DAÑO A LA SALUD.

II. - RELEVANCIA PENAL DE LA CANTIDAD DE DROGA

II.1.- EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA

- A. EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA EN EL TRÁFICO DE
DROGAS
- B. LA DOSIS MÍNIMA PSICOACTIVA COMO PRESUPUESTO
OBJETIVO PARA LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO PUNITIVO EN EL
TRÁFICO DE DROGAS.
- C. REACCIONES EN TORNO A UNA TEORÍA
JURISPRUDENCIAL BASADA EN LA DOSIS MÍNIMA PSICOACTIVA.
- D. UN NUEVO INTENTO DE NUEVA REGULACIÓN DE LOS
DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA A TRAVÉS DEL PROYECTO DE

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

LEY ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995,
DE 25 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE APRUEBA EL CÓDIGO PENAL

II.2- POSESIÓN Y AUTOCONSUMO

- A. CONCEPTO
- B. CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS A LA DROGA OCUPADA:
SU CANTIDAD, VARIEDAD, PUREZA Y PRESENTACIÓN
- C. CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS AL POSEEDOR
- D. CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS A LA OCUPACIÓN

**II.3- CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DEL NUEVO
TIPO ATENUADO PREVISTO EN EL ART. 368 PÁRRAFO 2º DEL
CÓDIGO PENAL.**

- A. ORIGEN Y MOTIVACIÓN DE LA REFORMA
- B. REQUISITOS PARA SU APRECIACIÓN
 - i. ESCASA ENTIDAD DEL HECHO
 - ii. REFERENCIA A LA NOTORIA
IMPORTANCIA (ART. 369.5)
- C. CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL CULPABLE
 - i. ESPECIAL REFERENCIA A LA
REINCIDENCIA
 - ii. RESUMEN DE LOS PARÁMETROS
EXIGIDOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO PARA LA
APRECIACIÓN DEL SUBTIPO ATENUADO
 - iii. SOBRE LA CONCURRENCIA DE
ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE ESCASA ENTIDAD Y
CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL CULPABLE

II.4- LA AGRAVANTE DE “IMPORTANCIA NOTORIA”

- A. CONCEPTO Y FUNDAMENTO
- B. CUANTIFICACIÓN DE LA NOTORIEDAD EN EL
TRÁFICO DE DROGAS
 - i. EXCLUSIÓN DE LAS SUSTANCIAS
INOCUAS
 - ii. ESPECIAL REFERENCIA A LOS
DERIVADOS CANNÁBICOS
 - iii. PLURALIDAD DE SUJETOS
 - iv. REDUCCIÓN DE LA CANTIDAD
DESTINADA A AUTOCONSUMO

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

C. SUSTANCIAS NO INCLUIDAS EN LA TABLAS DEL ACUERDO DEL PLENO DE 21 DE OCTUBRE DE 2001.

D. RELEVANCIA PENAL DE LOS INFORMES PERICIALES EN EL TRÁFICO DE DROGAS

i. LA VARIACIÓN DE LOS MÁRGENES DE ERROR

ii. INEXISTENCIA DE ANÁLISIS PERICIALES

iii. SUPUESTOS DE AUSENCIA DE APREHENSIÓN DE DROGAS

II.5- LA HIPERAGRAVACIÓN DE “GRAVEDAD EXTREMA”

- A. GENERALIDADES
- B. REQUISITOS PARA SU APRECIACIÓN. EVOLUCIÓN
- C. CRITERIO JURISPRUDENCIAL ACTUAL
- D. LÍMITES SUBJETIVOS EN SU APLICACIÓN

III. OTROS LÍMITES JURISPRUDENCIALES A LA EXPANSIÓN TÍPICA EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

III.1. LA DONACIÓN DE DROGA A DROGODEPENDIENTES

A. INTRODUCCIÓN

B. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

C. REQUISITOS JURISPRUDENCIALES PARA APRECIAR COMO ATÍPICA LA DONACIÓN DE DROGAS.

D. LA ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE DETERMINADOS SUPUESTOS DE DONACIÓN DE DROGAS.

i. LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO

ii. ATENUANTE POR ANALOGÍA DE EXIMENTE INCOMPLETA DE ESTADO DE NECESIDAD

iii. ATENUANTE ANALÓGICA DE MIEDO INSUPERABLE

iv. ATENUANTE DE ESTADO PASIONAL

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

III.-2 EL CONSUMO COMPARTIDO

- A. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN
- B. FUNDAMENTO DE LA CAUSA DE ATIPICIDAD
- C. REQUISITOS JURISPRUDENCIALES PARA LA APRECIACIÓN DEL CONSUMO COMPARTIDO
- D. LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES DE CANNABIS COMO FORMA DE AUTOCONSUMO COMPARTIDO
 - i. ANTECEDENTES
 - ii. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL SOBRE LAS ASOCIACIONES DE CANNABIS.
 - iii. ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 484/2015 DE 7 SEPTIEMBRE

**III.3- EL ESTADO DE NECESIDAD OBJETIVO
JUSTIFICANTE EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS**

- A. EL ESTADO DE NECESIDAD: BREVE REFERENCIA A LA PONDERACIÓN DE INTERESES EN CONFLICTO
- B. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA SITUACIÓN DE ESTADO DE NECESIDAD EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
- C. LA PONDERACIÓN DE INTERESES EN CONFLICTO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
- D. LA APRECIACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA MODIFICATIVA DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE ESTADO DE NECESIDAD EN EL TRÁFICO DE DROGAS
 - i. COMO EXIMENTE COMPLETA
 - ii. COMO EXIMENTE INCOMPLETA
 - iii. COMO ATENUANTE ANALÓGICA

IV.- CONCLUSIONES

- A. GENERALIDADES SOBRE LA TESIS
- B. SOBRE LAS DIFICULTADES DE DETERMINAR EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS.
- C. SOBRE LA INDETERMINACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS EN EL TRÁFICO DE DROGAS.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

D. SOBRE LA DIFÍCIL PRUEBA DE LA INTENCIÓN CON LA QUE SE POSEE LA DROGA

E. SOBRE LAS CAUSAS DE ATIPICIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

F. SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS EN EL DELITO DEL TRÁFICO DE DROGAS. EL NUEVO PÁRRAFO SEGUNDO DEL ART. 368 DEL CÓDIGO PENAL

ANEXO: ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.

BIBLIOGRAFÍA.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

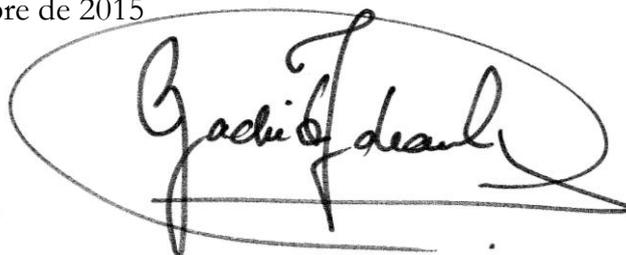
COMPROMISO DE RESPETO DE LOS DERECHOS DE AUTOR

El doctorando D. Rachid Mohamed Hammu y el director de la la tesis D. Carlos Aránguez Sánchez, Garantizamos, al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por el doctorando bajo la dirección de los directores de la tesis y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo, se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

En Granada, a 30 de octubre de 2015



**D. CARLOS ARÁNGUEZ SÁNCHEZ
DIRECTOR DE LA TESIS**



**RACHID MOHAMED HAMMU
DOCTORANDO**

UNIVERSIDAD DE GRANADA

Departamento: DERECHO PENAL – FACULTAD DE DERECHO

Programa: DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL.

Tesis Doctoral: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS.

Coordinador: PROF. D. CARLOS ARÁNGUEZ SÁNCHEZ

Doctorando: RACHID MOHAMED HAMMU

GRANADA, NOVIEMBRE DE 2015

I.- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE ALGUNOS ELEMENTOS BÁSICOS DEL TIPO

I.1.- LA SALUD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

I.2- ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO EL EN DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS: ERROR DE TIPO Y TEORÍA DE LA IGNORANCIA DELIBERADA

D. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO

*E. EL ERROR DE TIPO EN LOS DELITOS CONTRA LA
SALUD PÚBLICA*

*F. TEORÍA DE LA IGNORANCIA DELIBERADA EN EL
TRÁFICO DE DROGAS*

I.3.- CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE DROGA

D. INTRODUCCIÓN

*E. EL CONCEPTO DE DROGA. EL ART. 368 CÓDIGO
PENAL COMO LEY PENAL EN BLANCO.*

*F. DROGAS QUE CAUSAN GRAVE DAÑO A LA SALUD Y
DROGAS QUE NO CAUSAN GRAVE DAÑO A LA SALUD.*

I.1- LA SALUD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Dentro del Capítulo III del Libro II del Código Penal se regulan los “delitos contra la salud pública”, tipificando el legislador una pluralidad de conductas que han de ser entendidas por voluntad del legislador como formas distintas de afectar al bien jurídico salud pública:

- elaboración, despacho o suministro de sustancias nocivas para la salud (arts. 359 y 360),
- expendición, despacho, alteración o sustitución de medicamentos que «pongan en peligro la vida o la salud de las personas» (arts. 361 y 362),

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- la alteración, fabricación, tráfico, elaboración, ocultación o adulteración de alimentos «susceptibles de causar daños a la salud de las personas» (arts. 363 y 364),
- el envenenamiento o adulteración de las aguas potables o sustancias alimenticias con sustancias «que puedan ser gravemente nocivas para la salud» (art. 365) y,
- finalmente, en los arts. 368 a 378, los conocidos por la doctrina y la jurisprudencia como **delitos relativos al tráfico de drogas**:

Todos estos delitos afectan, por tanto, al bien jurídico salud pública. Por ello, la definición que del mismo se dé ha de ser común para todas estas formas distintas de ataque. También en el delito de tráfico o difusión de drogas a priori se protege dicho bien jurídico; así, la referencia a la «salud» se encuentra incrustada en el art. 368; en él se utiliza como criterio para graduar la pena, el que las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas sean de las que «causen grave daño a la salud» o no¹.

El bien jurídico «salud pública» tiene respaldo constitucional en el art. 43.1 en el que se «reconoce el derecho a la protección de la salud. Compete a los poderes públicos organizar y tutela de la salud pública a

¹ En este sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 154/2007, de 1 de marzo (RJ 2007/4713); Ponente: Excmo Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo:

Esta doctrina se encuentra sólidamente fundada en el bien jurídico protegido por la norma penal, dado que si éste consiste en la salud pública, el fundamento material de la agravación se encuentra en el mayor riesgo para la salud que se deriva de unas u otras drogas, daño o peligro que indudablemente se encuentra en función del principio activo, por lo que no tiene sentido alguno aplicar los módulos determinantes de la agravación por consideraciones meramente formales (el formato o apariencia del producto) en lugar de tomar en consideración su naturaleza básica (el daño que determina para la salud). Es por ello por lo que cuando la concentración de principio activo es muy baja el derivado del cannabis de que se trate tiene judicialmente la consideración de marihuana, lo que no afecta a su sanción penal por el tipo básico, pero eleva el umbral a partir del cual se aplica el subtipo agravado.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios». La organización y tutela de la salud pública se lleva a cabo a través de la sanidad pública, concepto distinto al anterior y que no ha de ser confundido con él.

La cuestión relativa a la salud pública como bien jurídico protegido. en estos delitos no es pacífica en la doctrina El bien jurídico protegido en el art. 368, precepto éste que se encuentra dentro del capítulo dedicado a los delitos contra la Salud Pública, es precisamente y según la mayoría de la doctrina, la salud pública. No existe una definición penal de lo que debemos entender por Salud Pública, lo que lo convierte en una norma penal en blanco, motivo por el que hay que acudir a otras disciplinas para conocer el alcance de tal expresión.

No es el objeto de este trabajo realizar un estudio doctrinal del concepto salud pública, pero sí acercarnos a su definición para así delimitar las conductas típicas, que serán las que supongan una lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Es sumamente interesante el estudio de su definición, ya que nos encontraremos con conductas que reúnen todos los elementos típicos del delito, y que en cambio se consideran atípicas en nuestro sistema, a pesar de suponer una verdadera lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Este fenómeno se da sobre todo al articularse un sistema en nuestro ordenamiento jurídico penal de convivencia entre drogas que por su consideración de lícitas, aunque atenten contra el bien jurídico protegido las conductas, serán atípicas y por ello impunes (*tal es el caso del alcohol*), con las sustancias que a pesar de su mayor inofensividad que las anteriores (*tal es el caso del cannabis*), tienen la consideración de ilícitas y por tanto los actos de tráfico de las mismas van a ser castigados conforme a lo previsto en el art. 368 Código Penal, lo que pone en entredicho que el bien jurídico realmente sea la salud pública.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

A este respecto, SEQUEROS SAZATORNIL², afirma que la última razón tuitiva de la Salud Pública exige la averiguación del interés dominante, en la medida en que confluyen diversos factores y condicionantes en su regulación, que pueda desvelarnos algo tan elemental como la justificación de qué se consideran determinadas sustancias como proscritas y no se hace mención de otras más nocivas para la salud, pero de uso y abuso inveterado en los países de nuestro entorno. No resulta difícil advertir la concurrencia de intereses espurios, que rebasan el marco de los estrictamente sanitarios, como los políticos y económicos que, entrando en conflicto ético con el altruismo que debe presidir la protección de la salud, ponen en tela de juicio la finalidad definitiva de su regulación.

GARCÍA PABLOS³, va más allá en su cuestionamiento sobre la Salud pública como bien jurídico protegido y señala que “si profundizamos en el contenido material y real de la “salud pública” comprenderemos que es inseparable de coordenadas histórico culturales, relativas, circunstanciales, cambiantes, que trascienden los presupuestos médico sanitarios del problema. Y es que, en efecto, ampara sobre todo la salud pública como bien jurídico protegido, además de otros intereses subyacentes en su tutela, como la vida, la integridad, la libertad, el patrimonio y la seguridad, que se escudan tras esa ambigua y grandilocuente referencia a la salud pública. Tras aquella se esconde la enemiga de la mayoría hacia ciertas conductas irregulares, en cuanto a que éstas suelen ser exponente de unos valores minoritarios, subculturales, opuestos a los de la mayoría: conflicto axiológico, global,

² SEQUEROS SAZATORNIL, F.: El tráfico de drogas ante el Ordenamiento Jurídico (Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial), La Ley, 2000.

³ GARCÍA PABLOS: bases para una política criminal de la droga en España (análisis y propuestas político criminales), Madrid, 1986, págs. 372 y ss.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

total, en el que las eventuales discrepancias en torno al rol de la salud pública, carecen del más mínimo interés real”.

Pero también cobra relevancia el estudio del bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas para determinar qué otras conductas de tráfico se considerarán atípicas, como se analizará más adelante en otros capítulos, como casos de pequeña transmisión de drogas, donación a drogodependientes o consumo compartido entre otros.

La jurisprudencia no ha sido uniforme en sus criterios sobre el bien jurídico protegido en los delitos contra la salud pública. Así la **Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2006⁴** determina que la salud pública como bien jurídico protegido no coincide con la salud individual de quienes pueden verse directamente afectados por el hecho, de modo que este último bien jurídico no es el objeto de protección de esta figura delictiva, sino de otras.

En esta línea la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 890/2014**

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 456/2006, de 24 de abril (RJ 2006/4707); Ponente: Excmo Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca:

Hemos dicho en este sentido que el delito contra la salud pública por tráfico ilegal de drogas es un delito de peligro abstracto. Como tal, sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión. La salud pública como bien jurídico protegido no coincide con la salud individual de quienes pueden verse directamente afectados por el hecho, de modo que este último bien jurídico no es el objeto de protección de esta figura delictiva, sino de otras. Pero ha de referirse a una valoración sobre la salud del conjunto de los miembros de la sociedad de que se trate. De esta forma, si se acredita que el consumo de determinadas sustancias provoca una mayor incidencia de determinadas alteraciones negativas en la salud, puede sostenerse que afecta a la salud pública. Y es la norma penal la que precisa qué conductas de las que pueden afectar a la salud pública son constitutivas de delito.

El legislador ha entendido que el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias, psicotrópicas es negativo para la indemnidad de ese bien jurídico que denomina salud pública, y ha acordado su prohibición. Al tiempo, considera delictivas, en razón del riesgo que crean, apreciado con carácter general, las conductas que de alguna forma implican la promoción, facilitación o favorecimiento del consumo ilegal, lo que entiende que ocurre concretamente cuando se ejecutan actos de cultivo, elaboración o tráfico, u otros, o incluso de posesión de aquellas sustancias con los referidos fines.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

de 23 diciembre⁵ concluía que es doctrina de esta Sala que el delito contra la salud pública no protege exclusivamente la salud del destinatario o adquirente (consumidor o drogodependiente), como sucede en los delitos de lesiones o contra la integridad física del sujeto pasivo del delito, aunque no se pueda dejar de tener en cuenta que la salud pública de la colectividad está formada por la salud de cada uno de sus componentes, de modo que la afectación a su propia salud, conforma la de la colectividad. Y aun que este ataque no tiene que ser real o efectivo, sino que basta con que sea potencial, sin embargo, en todo caso, tiene que incidir materialmente en tal salud, al punto que la sustancia con la que se agrede tiene que tener condiciones de afectarla. De modo que cuando la sustancia con la que se trafique sea de tan ínfima entidad cuantitativa que no pueda en modo alguno afectar a la salud del destinatario o adquirente de la sustancia no existirá agresión a la salud pública que es el bien esencialmente protegido en estas figuras delictivas.

Por otro lado ha expresado la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2006 que el bien jurídico protegido es la salud pública, entendida como la de los componentes de la colectividad en su aspecto individualizado. De esta manera el bien jurídico salud pública coincide con la salud individual de quienes pueden verse directamente afectado por el hecho.

Existe otra línea jurisprudencial⁶ que defiende que el bien jurídico protegido no es concretamente la salud individual de las personas, sino la

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 890/2014, de 23 de diciembre (RJ 2014/6645); Ponente: Excmo Sr. Carlos Granados Pérez.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 298/2004, de 24 de abril (RJ 2681/2004); Ponente: Excmo Sr Cándido Conde-Pumpido Tourón:

En la sentencia de esta Sala núm. 221/2004, de 20 de febrero (RJ 2004, 1110) , se desarrolla esta fundamentación fundada en el principio de lesividad señalando que la falta de tipicidad penal de una acción, puede tener un doble origen:

a) Cuando la acción enjuiciada no aparece descrita en el tipo penal, es decir, no es típica y b) cuando aún apareciendo normalmente incluida en aquella

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

“salud pública”, que representa un interés de naturaleza global o colectiva integrado en el concepto más amplio de la “seguridad colectiva”, recogido expresamente en el Título XVII del Libro II del Código Penal, cuyo Capítulo III se refiere a los “delitos contra la Salud Pública”. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 y 4 de julio de 2003, 23 y 28 de enero de 2004, 12 de marzo de 2004, 28 de diciembre de 2004, 6 y 13 de octubre de 2004, 11, 12 y 24 de abril de 2005.

Otra línea jurisprudencial sitúa el bien jurídico en sede de protección de la difusión de drogas a terceros, donde el objetivo es la interdicción de la difusión de drogas, evitando la facilitación del consumo habitual o la promoción para iniciar en el uso a los sujetos. Sentencia del Tribunal Supremo 7 de noviembre de 2000, 21 de junio de 2003, 25 de junio de 2004, 28 de diciembre de 2004 y 11 de abril de 2005⁷.

descripción, una motivada interpretación restrictiva de la norma en sintonía con el principio de mínima intervención, la excluya por no quedar suficientemente afectado bien jurídico alguno, ya que en definitiva sólo el ataque a éste justificaría la descripción de la acción típica. En tal sentido se refiere la doctrina a causas de exclusión de la tipicidad que no son equivalentes a las causas de justificación

porque éstas descansan sobre la existencia de una acción típica. Así se habla en tales casos de falta de imputación objetiva por no ser imputable su lesión a conducta suficientemente peligrosa, o referirse a supuestos de hechos adecuados socialmente, o por ser insignificantes, principio de insignificancia que tiene especial relevancia en el caso enjuiciado. En el fondo subyace la reflexión que el delito no es sólo la desobediencia a la Ley sino el ataque a un bien jurídico, y por tanto una acción que lesiona o pone en peligro a personas, bienes o instituciones con proyección en los delitos de peligro abstracto como ocurre en el delito de tráfico de drogas. Es decir, la respuesta penal sólo se justificaría en virtud del principio de lesividad, siendo precisamente esta lesividad la que debe ser tenida en cuenta por el legislador al definir los tipos legales, pues sólo la Ley es fuente de antijuridicidad como consecuencia de reconocerse como única fuente del sistema de justicia penal.

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 444/2005, de 24 de abril (RJ 2005/3888); Ponente: Excmo Sr Diego Antonio Ramos Gancedo:

Al examinar este problema en lo que concierne al bien tutelado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7467) declaraba que en relación con la insignificancia y el bien jurídico protegido por la norma, ya hemos dicho reiteradamente que la conducta prohibida por el tipo penal del art. 368 consiste en la difusión de droga (en este caso heroína), y que el riesgo para la salud pública no se debe considerar en relación al daño que pudiera ocasionar en la salud individual del eventual comprador, sino que se lo debe referir a la difusión misma de la droga, dado que eso es lo que la Ley penal quiere evitar. Es

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Pero todas estas líneas doctrinales acerca del bien jurídico protegido en los delitos contra la salud pública, y en concreto de tráfico de drogas, no nos resuelve algunas cuestiones antes mencionadas, ya que con independencia de que lo que se proteja sea la salud colectiva, la salud individual, o la promoción del consumo de drogas, un dato objetivo es que existen sustancias que atentan directamente contra la salud pública, cualquiera que sea su significado, y este es el caso del alcohol.

Si lo que realmente preocupa la salud pública, no podría admitirse de ningún modo la realización de actos de tráfico o promoción. En cambio otras sustancias más inocuas para la salud, como pudieran ser los derivados cannabicos se encuentran dentro del objeto del delito de tráfico de drogas. Bien es cierto que el concepto de droga que analizaremos en otro epígrafe nos dará una respuesta a esta cuestión, pero lo que tratamos de cuestionarnos es cuál es la verdadera preocupación del legislador a la hora de regular los delitos contra la salud pública.

Pero encontramos en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo alguna resolución que con mayor profundidad aborda el tema del bien

preciso subrayar que el bien jurídico «salud pública» no se forma con la suma de las saludes individuales. Lo que el legislador ha querido impedir no son estos daños individuales, que hubiera podido alcanzar con el tipo penal de las lesiones, sino algo distinto. La finalidad de la norma es la interdicción de la difusión de drogas que tienen un efecto social grave. Desde esta perspectiva, es evidente que el grado de pureza puede tener una cierta relevancia a los efectos de establecer la cantidad como circunstancia de agravación en el art. 369 Código Penal, pero no respecto de la difusión de cantidades que no alcanzan a constituir dicha circunstancia. La difusión de drogas, que el art. 368 prevé a través de diversas acciones típicas, en sí mismo no depende de la cantidad de la droga difundida, sino del riesgo de adicción generalizado que se supone implícito en todo acto de distribución o de cooperación en la misma. Este criterio se reitera en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 828) y en la de 3 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3044) que se extiende en su argumentación jurídica y declara que «la jurisprudencia de esta Sala se ha preocupado de analizar la tipicidad de la conducta en los supuestos en los que, acreditada una sola operación de venta de alguna de las sustancias mencionadas en el artículo 368 del Código Penal, se ha

apreciado la transmisión de una escasa cantidad. La solución no ha sido unánime, valorándose las características del supuesto de hecho concreto. Así se han considerado atípicos supuestos de consumo compartido cuando concurren una serie de circunstancias que la jurisprudencia ha precisado».

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

jurídico protegido, y ofrece una definición más amplia. La **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1627/2003⁸**, comparte que el bien jurídico es la

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 16627/2003, de 2 de diciembre (RJ 2003/9400); Ponente: Excmo Sr Andrés Martínez Arrieta:

El bien jurídico protegido en el tipo penal radica en las condiciones establecidas por la autoridad sanitaria para alcanzar una salud pública idónea según las exigencias sociales, como consecuencia de esas exigencias resulta un conjunto de «saludes» individuales acordes con los postulados perseguidos. Desde esta perspectiva se agrede el bien jurídico cuando se realizan conductas que ponen en peligro las exigencias de sanidad establecidas mediante la promoción favorecimiento y facilitación del consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes, y requiere que la sustancia, en abstracto, sea dañina para la salud en concreto de una persona.

El delito contra la salud pública por tráfico ilegal de drogas es un delito de peligro abstracto. Como tal, sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión. La salud pública como bien jurídico protegido no coincide con la salud individual de quienes pueden verse directamente afectados por el hecho, de modo que este último bien jurídico no es el objeto de protección de esta figura delictiva, sino de otras. Pero ha de referirse a una valoración sobre la salud del conjunto de los miembros de la sociedad de que se trate. De esta forma, si se acredita que el consumo de determinadas sustancias provoca una mayor incidencia de determinadas alteraciones negativas en la salud, puede sostenerse que afecta a la salud pública. Y es la norma penal la que precisa qué conductas de las que pueden afectar a la salud pública son constitutivas de delito.

El legislador ha entendido que el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias, psicotrópicas es negativo para la indemnidad de ese bien jurídico que denomina salud pública, y ha acordado su prohibición. Al tiempo, considera delictivas, en razón del riesgo que crean, apreciado con carácter general, las conductas que de alguna forma implican la promoción, facilitación o favorecimiento del consumo ilegal, lo que entiende que ocurre concretamente cuando se ejecutan actos de cultivo, elaboración o tráfico, u otros, o incluso de posesión de aquellas sustancias con los referidos fines. Tales conductas son típicas, en cuanto cumplen los requisitos de la descripción contenida en el artículo 368, y son antijurídicas, en cuanto crean el riesgo no permitido.

El adelantamiento de las barreras de protección hace que el delito quede consumado con la mera tenencia de las sustancias prohibidas con finalidad de tráfico. Esta intención, como elemento interno perteneciente a la conciencia del sujeto, es difícilmente demostrable a través de prueba directa, siendo lo habitual recurrir a una inferencia para acreditar su existencia, que entre otros datos se apoya en la cantidad, naturaleza y preparación de la sustancia. Cuando se trata de cantidades muy pequeñas resulta difícil afirmar el destino al tráfico si solamente se dispone de ese dato, y en esos casos es determinante la prueba de la realización de una operación de tráfico, que resulta una eficaz demostración de la intención con la que la droga era poseída. Bien entendido que aunque la venta sea un acto de tráfico, y por lo tanto típico, la tenencia inmediatamente anterior, en cuanto se caracteriza por la disposición al tráfico, también lo es. Por lo tanto,

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

salud colectiva, y añade algo que no hacen las demás resoluciones estudiadas: “El bien jurídico protegido en el tipo penal radica en las condiciones establecidas por la autoridad sanitaria para alcanzar una salud pública idónea según las exigencias sociales, como consecuencia de esas exigencias resulta un conjunto de «saludes» individuales acordes con los postulados perseguidos. Desde esta perspectiva **se agrede el bien jurídico cuando se realizan conductas que ponen en peligro las exigencias de sanidad establecidas** mediante la promoción favorecimiento y facilitación del consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes, y requiere que la sustancia, en abstracto, sea dañina para la salud en concreto de una persona.”

el riesgo para la salud pública o, desde otra perspectiva, el incumplimiento de la norma, se produce ya con la tenencia anterior a la venta y se prolonga con la efectiva ejecución de ésta.

I.2 ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO EL EN DELITO DE TRAFICO DE DROGAS: ERROR DE TIPO Y TEORÍA DE LA IGNORANCIA DELIBERADA

A.- EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO

La comisión del delito de tráfico de drogas penado en el art. 368 Código Penal, requiere según la doctrina del Tribunal Supremo de 2 elementos:

- Un elemento objetivo consistente en la tenencia o posesión de la droga.
- Un elemento subjetivo consistencia en la actitud personal cual es de que dicha posesión está preordenada al tráfico.

El tipo subjetivo del delito de tráfico requiere junto al dolo en la conducta típica de posesión un elemento subjetivo especial consistente en el destino de las drogas poseídas a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal. El análisis de este elemento subjetivo especial del tipo de injusto necesariamente tuvo que adelantarse al momento en el que se estudió la conducta típica, pues sin él, no cabía entender la forma típica de posesión con destino al tráfico.

El dolo del autor en el delito de tráfico de drogas exige que el autor tiene que saber que está promoviendo, facilitando o favoreciendo el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y querer hacerlo. En palabras de SEQUEROS SAZATORNIL⁹, se hace necesario “primero: la conciencia no viciada del

⁹ SEQUEROS SAZATORNIL, F.: El tráfico de drogas ante el Ordenamiento Jurídico (Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial), La Ley, 2000

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

carácter nocivo de la sustancia objeto de tráfico; segundo: la intención de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de terceros ajenos a la acción que se desarrolla”.

Un ejemplo jurisprudencial sobre el elemento subjetivo del tipo puede ser lo la **Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1992**¹⁰ en la que se consideraron hechos probados que una mujer decidió ayudar a su amiga a que ésta abandonara su dependencia de la heroína y en vez de dejar de consumir radicalmente, decidieron que la forma para abandonar la dependencia sería ir reduciéndole la dosis. Para ello la

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2107/1992 (Sala de lo Penal), de 1 de octubre – RJ 1992/8093 – Ponente: Excmo. Sr. Enrique Ruiz Vadillo:

No cabe la menor duda de que el comportamiento que describe la Sala respecto de la recurrente, en relación con su amiga toxicómana, está a mucha distancia de aquellos otros en los que determinadas personas, por afán de lucro, para fomentar la drogadicción, no se sabe a veces con qué motivos, por uno cualquiera de los modos en que esta operación puede realizarse, actúan. En este caso hay un deseo de ayuda -aunque indiscutiblemente mal entendida- a una persona en situación de desamparo hacia la que un tratamiento psicológico o psiquiátrico era, y es sin duda, el verdaderamente adecuado, pero ello fue tenido muy en consideración por la Sala y por el Instructor, pues sólo estuvo cuatro días privada de libertad y la pena que le ha sido impuesta es la de nueve meses de prisión, sin concurrir ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, con lo que está abierta la posibilidad de aplicar el instituto de la remisión condicional de la pena.

Dicho esto y destacada la sensibilidad con la que todos los Jueces y Tribunales, y esta Sala, contemplan a diario situaciones como la descrita, hay que afirmar que el delito de tráfico de drogas se produjo.

Se trata de un acto de liberalidad, en efecto, pero con él facilitaba a la joven toxicómana la continuación en el estado en que se encontraba. Como es bien sabido, la donación entra en el ámbito de la conducta típica por la vía del tráfico, conforme a doctrina científica y jurisprudencial muy constante, cuya conformidad no ha sido siempre mantenida en este punto concreto, aunque la redacción actual no ofrece ya ningún resquicio a la duda, teniendo en cuenta los términos utilizados por la Ley vigente.

Pero, en todo caso, no puede dejarse fuera de nuestra consideración el aspecto humano (sin el cual el Derecho todo, y el Derecho Penal en particular, pierden su grandeza) de una conducta altruista, de ayuda desinteresada, merecedora, a juicio de esta Sala, de un indulto total que se solicitará del Gobierno en actuaciones independientes

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

acusada guardaba la droga en su propia casa y cada vez le suministraba a su amiga una cantidad más pequeña que la anterior. El Tribunal Supremo castigó por un delito de tráfico de drogas, si bien solicitó el indulto puesto que independientemente de que la acusada estaba fomentando el consumo ilegal de drogas, lo hacía con una intención bien diversa: le movía el hecho de que su amiga abandonara el consumo de drogas, es decir, sin el dolo típico del delito examinado lo que debió determinar la absolución por falta de tipicidad.

Esta línea de interpretación ha sido abandonada por la jurisprudencia. En efecto, en múltiples ocasiones posteriores a la Sentencia citada ha venido el Tribunal Supremo absolviendo a los acusados por falta de reproche social de esta conducta en la medida en que cuando se facilitan drogas a personas determinadas con la única finalidad de que abandonen el consumo se actúa para «promover la recuperación de la salud o la curación de las personas enfermas o afectadas por un hábito nocivo a su salud». A esta corriente jurisprudencial le dedicaremos un capítulo completo.

En este sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1993**¹¹ (RJ 1993/6695) entiende que en «aquellos

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2015/1993 (Sala de lo Penal), de 16 de septiembre – RJ 1993/6695 – Ponente: Excmo. Sr. José Augusto de Vega Ruiz:

Las razones expuestas no han de impedir la estimación de este segundo motivo, porque aunque ha de seguir manteniéndose que la donación en general forma parte del tráfico ilegal de la droga que el precepto legal cubre, sin embargo y excepcionalmente, no puede asumirse ahora la existencia de tráfico de droga alguno. Efectivamente, la Sala Segunda ha ido evolucionando recientemente respecto de tal cuestión, en aras de la obligación legal que a la casación corresponde, para concretar conceptos, amoldándolos a la evolución de la doctrina penal. En aquellos supuestos, como el presente, en los que un familiar, o persona allegada en cualquier otro concepto, proporciona pequeñas cantidades del alucinógeno con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabituación, a la vez que a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, movidos pues de un fin loable y altruista, sin ventaja o contraprestación alguna, no puede llegarse al delito en tanto que tales actos no implican ánimo de tráfico. No es que concorra un especial estado de necesidad que obligue a esa entrega gratuita. Es algo más. Es que no hay lesión de bien jurídico alguno ni por tanto necesidad de reproche jurídico. El Derecho Penal no puede vivir de espaldas a la motivación

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

supuestos en los que un familiar, o persona allegada en cualquier otro concepto, proporciona pequeñas cantidades del alucinógeno con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabituación, a la vez que impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, movidos pues de un fin loable y altruista, sin ventaja o contraprestación alguna no puede llegarse al delito en tanto que tales actos **no implican ánimo de tráfico**. No es que concurra un especial estado de necesidad que obligue a esa entrega gratuita. **Es que no hay lesión de bien jurídico alguno ni por tanto necesidad de reproche jurídico**. El Derecho Penal no puede vivir de espaldas a la motivación cuando ésta, como en este caso, desvirtúa la posible incriminación de conductas. Con la pretensión que el acusado tenía, no hay tráfico ilegal, no hay cambio de posesión criminal, propiciatorio del consumo ilegal de las drogas».

En la configuración del tipo subjetivo del delito examinado basta con la concurrencia del **dolo eventual**, apreciado por los Tribunales en aquellos supuestos en los que -como afirma la **Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1989**¹²- se tiene conciencia de que se transporta droga (elemento cognitivo) y se está dispuesto a obrar cualquiera que fuera la especie de la misma (elemento volitivo). Esta es la vía escogida en los supuestos en los que el sujeto activo recibe una cantidad de dinero a cambio de realizar algo, como transportar una bolsa u ocultar en casa un maleta.

cuando ésta, como en este caso, desvirtúa la posible incriminación de conductas. Con la pretensión que el acusado tenía, no hay tráfico ilegal, no hay cambio de posesión criminal, propiciatorio del consumo ilegal de las drogas.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 2 de febrero – RJ 1989/1338 – Ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater:

Por lo tanto, el planteamiento de la Defensa resulta equivocado, dado que presenta el problema como una cuestión referida al elemento cognitivo del dolo, cuando, en realidad, se trata de una cuestión relacionada con el elemento volitivo del mismo. El recurrente tuvo conciencia de que transportaba droga y estaba dispuesto a obrar cualquiera que fuera la especie de la misma, razón por la cual obró con dolo eventual, pero no con error sobre una circunstancia que agrave la pena en el sentido del art. 6 bis a), párrafo primero, del Código Penal.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

La jurisprudencia deduce el dolo eventual del dato preciso de recibir una elevada cantidad de dinero por realizar a cambio algo que se dice desconocer; de este indicio se deduce que la persona conoce necesariamente cuál es el contenido de la maleta o de la bolsa: «resulta insólito y francamente extraño, que nadie se comprometa a hacerse cargo de una maleta sin preguntar por su contenido» (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2000¹³). Afirma de forma unívoca la jurisprudencia que en estos supuestos el contenido concreto de la bolsa le era indiferente al autor y que estaba dispuesto a realizar la acción aun cuando se tratara de cualquier otro objeto (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1993¹⁴) dando así por conformado el tipo subjetivo en virtud de dolo eventual.

B. EL ERROR DE TIPO EN LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

El error sobre cualquiera de los elementos objetivos que conforman el tipo del art. 368 del Código Penal puede actuarse en error. Si el sujeto no sabe que está llevando a cabo un acto que promueve, favorece o

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 26 de septiembre – RJ 2000/8098 – Ponente: Excmo. Sr. Jose Antonio Martín Pallín

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 23 de julio – RJ 1993/6354 – Ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater:

En tales condiciones es evidente, sin embargo, que el procesado tuvo conocimiento de circunstancias que, de acuerdo con la experiencia general, suponían el peligro cierto de un contrabando de droga, dado que es indudablemente inexplicable que cámaras de vídeo deban ser protegidas también contra el descubrimiento por el olor de las mismas. Si el procesado en conocimiento de tales circunstancias no tomó ninguna medida para limitar el alcance de su acción a la introducción clandestina de cámaras de vídeo, es obvio que el contenido de la bolsa le era indiferente y que estaba dispuesto a realizar la acción aun cuando se tratara de cualquier otro objeto. Esta indiferencia ha sido considerada reiteradamente como un elemento decisivo para admitir el dolo eventual, cuando, como en este caso, el autor tuvo que haber tenido conciencia de la probabilidad de la realización del tipo penal o, dicho de otra manera, del peligro concreto de su realización (confr. Sentencia del Tribunal Supremo 24-4-1992).

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

facilita el consumo ilegal de drogas, o si no sabe que el objeto del tráfico es una droga tóxica o si no se conoce la nocividad de la sustancia, la vía a seguir para la exención de responsabilidad criminal habrá de ser la misma; esto, el error de tipo que en los dos primeros casos determinaría la impunidad, ya fuera vencible o invencible, en la medida en que no se castiga el delito de tráfico de drogas en su forma imprudente (art. 14.1) y en el segundo, la no apreciación de la circunstancia que cualifica la pena, imponiendo pues, la pena básica (art. 14.2); todo ello con independencia de que la jurisprudencia sea reticente a apreciar el error sobre cualquiera de estos elementos.

La jurisprudencia no es proclive a admitir esta clase de error como regla general, deduciendo el contenido del dolo y desvirtuando así la presunción de inocencia a partir de la prueba por indicios, si quiera sea en virtud de la presencia de un indudable dolo eventual. En este sentido, como viene diciendo el Tribunal Supremo (Sentencia de 29 de abril de 1995¹⁵) para creer la versión de la defensa, «es necesario una versión que constituya una explicación coherente, satisfactoria y lógica que permita, al menos, crear en los juzgadores la incertidumbre necesaria en la que asentar la absolución».

De nuevo, la jurisprudencia no es proclive a admitir este error sobre la nocividad de la sustancia en particular con la cual se trafica, excepción hecha de la **Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1994**¹⁶, en la que el Tribunal tuvo en consideración el error alegado por un consumidor de éxtasis (MDA) que además se dedicaba al tráfico. En su fundamento de derecho único se afirma que «la apreciación subjetiva del acusado montada sobre el hecho de que él y sus compañeros la vinieran consumiendo desde hace casi un año sin otros efectos que la simple y

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 592/1995 (Sala de lo Penal), de 29 de abril – RJ 1995/3540– Ponente: Excmo. Sr. Justo Carrero Ramos

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2133/1994 (Sala de lo Penal), de 9 de diciembre – RJ 1994/9803– Ponente: Excmo. Sr. José Hermenegildo Moyna Ménguez

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

temporal euforia, pero si a ello se le une, como circunstancia añadida, la inexistencia -en el momento de los hechos- de un criterio decidido y perfectamente caracterizado sobre la nocividad de dicho psicotrópico que había trascendido a las resoluciones judiciales, y al que puso término -en favor del grave daño- la Sentencia de este Tribunal de 1 de junio último, hay base razonable para mantener el error sobre dicha calificación agravatoria, con aplicación del tipo base y preterición de las soluciones previstas en el art. 6 bis a) del Texto penal».

El contenido de esta Sentencia es criticado abiertamente por la del mismo Tribunal de 11 de septiembre de 1996¹⁷ acusándola de crear «una viva polémica social de la que se hicieron eco los medios de comunicación social». En su reproche, afirma el Tribunal Supremo en esta última

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 558/1994 (Sala de lo Penal), de 11 de septiembre – RJ 1996/6514– Ponente: Excmo. Sr. Luis Román Puerta Luis

Por lo demás, en el mundo de la droga, lo que sí es de notorio conocimiento es que las denominadas drogas blandas son fundamentalmente el hachís y todos los derivados del cáñamo índico. Respecto de otras sustancias, la cuestión podría ser discutible, y ello nos introduce directamente en el campo del dolo eventual.

En el terreno de la jurisprudencia, se dice, en la Sentencia 21 noviembre 1995 (RJ 1995\8318), que «para que no haya error de prohibición basta que el sujeto conozca que lo que hace u omite es un comportamiento ilícito, es decir, contrario al ordenamiento jurídico, sin que sea preciso ningún otro conocimiento más concreto...». La Sentencia 17 abril 1995 (RJ 1995\3529), por su parte, pone de relieve que «...la similitud de efectos con los de otras anfetaminas, generalmente ya conocidas desde más larga fecha, no puede ser ignorada por una persona joven en la actualidad, que reconoce adquirirla y utilizarla, por sus efectos, para consumirla en fiestas y reuniones». Y, desde otra perspectiva, la Sentencia 28 marzo 1994 (RJ 1994\2604), reconoce que tanto el error de tipo como el error de prohibición «son estados de la mente que directamente afectan a la responsabilidad criminal en distinta medida, según que la motivación sea errónea creencia vencible o invencible», «el error ha de demostrarse indubitado y palpablemente, bien entendido que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse», «otra cosa es que el supuesto error esté o no probado, prueba que sólo a quien lo alega incumbe».

En último término, debe recordarse que esta Sala ha admitido reiteradamente la virtualidad del «dolo eventual» en el campo del delito sanitario (v. SS. 14 diciembre 1985 [RJ 1985\6264], 10 abril 1986 [RJ 1986\1955], 20 noviembre 1990 [RJ 1990\9061], 23 septiembre 1993 [RJ 1993\6777] y 16 marzo y 30 junio 1994 [RJ 1994\2319], entre otras).

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Sentencia que «en tales circunstancias las conductas enjuiciadas corresponden al ámbito del dolo eventual, respecto del cual esta Sala ha definido claramente su doctrina».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1994¹⁸ para negar la existencia de tal clase de error, por ejemplo, recurre al argumento de la publicidad que hoy día ofrecen los medios de comunicación sobre la nocividad de cada droga tóxica: «los medios de comunicación, el cine, la televisión y el sentido común enseña que la más elemental prudencia dicta que eso no debe realizarse (actos de tráfico)».

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 1996¹⁹ recoge la doctrina sentada por la de 28 de marzo de 1994²⁰ en la que se afirma que tanto el error de tipo como el de

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1346/1994 (Sala de lo Penal), de 27 de junio – RJ 1994/5036– Ponente: Excmo. Sr José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1346/1994 (Sala de lo Penal), de 11 de septiembre – RJ 1996/6514– Ponente: Excmo. Sr Luis Román Puerta Luis

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 709/1994 (Sala de lo Penal), de 28 de marzo – RJ 1994/2604– Ponente: Excmo. Sr José Augusto de Vega Ruiz

El error en el tipo, como problemas de tipicidad porque afecta a algún elemento esencial de la infracción, o el de prohibición, como problema de culpabilidad por la creencia errónea de obrar lícitamente, son estados de la mente que directamente afectan a la responsabilidad criminal en distinta medida según que la motivación de la errónea creencia sea vencible o invencible. Ya la Ley Orgánica 8/1983, de 25 junio, introdujo por primera vez en España la regulación del error en el Derecho Penal para así dar vía libre a los errores de hecho y de derecho que la doctrina de esta Sala Segunda habíase empeñado en defender.

Los motivos también se han de estimar, con lo que ya es innecesario tratar del tercer motivo del Abogado del Estado. El error ha de basarse en el hecho probado, de tal manera que si la nueva resultancia probatoria excluye el indebido juicio de intenciones que los «jueces a quo» habían asumido, es lógica tal estimación ya que la tesis de la Audiencia no encontraría apoyatura alguna en esa previa y fundamental premisa fáctica del silogismo judicial.

El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, bien entendido que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse. Tampoco se da aquél si el agente está seguro de su proceder antijurídico o tiene conciencia de la alta probabilidad de lo injusto de su conducta. Las condiciones psicológicas y las circunstancias culturales del infractor son fundamentales a la hora de determinar la creencia íntima de la persona, a la vista de sus conocimientos técnicos, profesionales, jurídicos, sociales. Son un cúmulo de factores los que se mueven alrededor del sujeto para conformar su personalidad mental. En ese sentido claro es que también la posibilidad de ser

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

prohibición «son estados de la mente que directamente afectan a la responsabilidad criminal en distinta medida, según que la motivación sea creencia errónea vencible o invencible», que «el error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, bien entendiendo que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse... a no ser que el supuesto error esté probado, prueba que sólo a quien lo alega incumbe».

Razona el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de enero de 1999²¹ en un supuesto en el que se traficaba con éxtasis. En ella se afirma que «esta Sala no puede admitir el error que se dice padecido sobre que el acusado desconociera que los productos anfetamínicos con los que traficaba fueran susceptibles de perjudicar gravemente a la salud de los consumidores. En el mundo de la droga es de notorio conocimiento que sólo las "drogas blandas", causan a la salud de las personas unos daños limitados, pero que todo lo que no sea el hachís y los derivados del cáñamo índico (heroína, cocaína, anfetaminas, psicotropos, drogas de diseño...) ocasionan nocivos efectos, y no puede admitirse que el acusado, activo narcotraficante, desconociera esta realidad a no ser que lo hubiera demostrado, lo que no ha hecho. Por lo demás, resulta irrelevante que aquél estuviera o no al tanto de la jurisprudencia de esta Sala respecto a las sustancias con componente MDMA o MDA y su

instruido, enseñado o asesorado sobre su actuación o actividad, profesional o particular, constituye otro dato importante [son muchísimas las Resoluciones del Tribunal Supremo dictadas al respecto, sirva sólo de ejemplo la de 23 septiembre 1993 (RJ 1993\6777)].

Otra cosa es que el supuesto error esté o no probado, prueba que sólo a quien lo alega incumbe . Invirtiendo la prueba, o su perspectiva jurídica, el error ha de estar excluido del relato asumido, y acreditado, por las acusaciones, relato que entonces es el que asevera el delito y la responsabilidad . La condición de empresarios a los dos acusados absueltos atinente, así como las particularidades de los sucesivos contactos habidos por éstos con el funcionario de Hacienda o con los respectivos asesores fiscales, junto a la documental analizada, coadyuvan al criterio que con la estimación de los motivos se está defendiendo.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 558/1996 (Sala de lo Penal), de 11 de septiembre – RJ 1999/828– Ponente: Excmo. Sr Diego Antonio Ramos Gancedo

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

calificación como drogas gravemente perjudiciales, porque, como decía la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8318), para la exigencia de responsabilidad penal no es necesario que el reo conozca que la sustancia se halla incluida en alguna de las Listas del Convenio de Viena correspondiente. Si así fuera, sólo podrían delinquir quien tuviera estos particulares conocimientos, sólo concurrentes ordinariamente en personas que, por su profesión, jurídica o técnica, tienen relación con esta clase de materias».

En la Sentencia examinada el Tribunal Supremo recurre finalmente al dolo eventual: «es de todo punto inasumible que el acusado, en posesión de casi tres mil comprimidos del derivado anfetamínico MDA dispuestos para su distribución, no hubiera previsto la contingencia de que los destinatarios de los mismos, o algunos de ellos, sufrieran graves perturbaciones en la salud que su consumo provoca, y que, a pesar de tal real probabilidad persistiera en su actitud ilícita.

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2000**²² (es un claro exponente de la tendencia generalizada. En ella se afirma que en lo referente al error de tipo «no podrá, empero, tenerse en cuenta cuando quien alega haber padecido el error no lo prueba o cuando el error recaiga sobre aspectos fácticos de los que la generalidad de las gentes tienen un conocimiento en razón de elementalidad de comprensión. El recurrente conocía la ilicitud del tráfico de cocaína en que participó, pues no cabría en modo alguno imaginar aceptar el método de transporte clandestino y antinatural consistente en ocultar dentro de su cuerpo cápsulas que contenían cocaína si creyera que trasportaba una sustancia de lícito comercio, pero además, por el número y volumen de las cápsulas hubo de representarse mentalmente que la cantidad de droga que iba a transportar era de importante entidad con lo cual se patentiza que no sufrió error

²² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1288/2000 (Sala de lo Penal), de 18 de julio – RJ 2000/7461– Ponente: Excmo. Sr Juan Saavedra Ruiz

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

sobre este aspecto relevante de su acción y, por tanto, no cabe admitir que no procediera estimarse la específica agravante de notoria importancia».

Las Sentencia del Tribunal Supremo 16 de diciembre de 1996²³ y

²³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1018/1996 (Sala de lo Penal), de 16 de diciembre – (RJ 1996/9660) Ponente: Excmo. Sr Manuel Areal Alvarez:

La sentencia en su fundamento de derecho primero razona que ambos acusados estaban en la creencia de que su operación de tráfico recaía sobre speed, mas al no tratarse efectivamente de ella debe aplicarse el artículo 52.2.º del Código Penal que castiga la imposibilidad de producción o de ejecución delictiva.

Según la Sentencia de 17 marzo 1994 (RJ 1994\2327), que es exponente de la doctrina de la Sala, establece que el artículo 52.2.º del Código Penal equipara a la tentativa los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito, entre los que se incluye la tentativa inidónea y el delito imposible, es decir, aquellos casos en que por deficiencias o inidoneidad de los medios o falta del objeto del delito éste no puede llegar a consumarse (se citan además las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 octubre 1983 [RJ 1983\4733], 30 enero 1992 [RJ 1992\608] y 12 marzo 1993 [RJ 1993\2179]); y añade la sentencia invocada que se excluye la inidoneidad absoluta del medio u objeto (tentativa irreal o imaginaria), que es aquella situación en la que se pretende conseguir un resultado con actos o medios que en ninguna circunstancia serían susceptibles de producirlo (envenenamiento con sustancia inocua o utilización de medios supersticiosos) conductas estas que deben quedar impunes haciendo que la acción no se adecue al tipo (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 mayo 1976 [RJ 1976\2281]) mientras al contrario se admite la tentativa relativamente inidónea que es aquella en la que los medios no son aptos para producir el resultado dañoso, pero «mejor utilizados o en condiciones distintas podrán llegar a perfeccionar el delito», pues ha existido voluntad delictiva y su exteriorización se ha lleva a cabo con actos susceptibles de crear riesgo al bien jurídico tutelado.

Por su parte es también fundamental la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 julio 1993 (RJ 1993\5876) que establece que quizás se esté ante una inidoneidad delictiva si lo único que falta del tipo es el resultado típico (sujeto pasivo y perjuicio); cuando además de éste faltan otros elementos del tipo, desde el inicio no había entonces inidoneidad sino carencia de tipo o impunidad.

Para que el delito imposible aflore son necesarios los requisitos siguientes: a) intencionalidad patente y manifiesta hacia una figura delictiva representada y querida; b) concreta actividad manifiestamente exteriorizada e inequívoca; c) fin propuesta no conseguido porque los medios utilizados son inapropiados o por carencia en absoluto de objeto.

El delito del artículo 344 se consuma por la existencia de dos elementos: a) posesión de la droga en cualquiera de sus manifestaciones; b) ánimo, intencionalidad o preordenación al tráfico. Es evidente que no hubo posesión porque la Benzilamina no se considera psicotrópica. De serlo el delito estaría consumado.

De todo lo expuesto deriva que conforme a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 julio 1993, ya dicha antes, se dan en nuestro supuesto todas las circunstancias y requisitos exigidos para el delito imposible.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

de 10 de noviembre de 1997²⁴ examinan una cuestión distinta a las anteriores pero que sigue estando relacionada con el tipo subjetivo: aquellos supuestos en los que el autor creía que poseía droga tóxica siendo así que en verdad no era tal clase de sustancia. En la primera Sentencia los acusados creían estar traficando con «speed» cuando lo que poseían era benzylamina, sustancia no psicotrópica y en la segunda el acusado transportaba lidocaína, sustancia no estupefaciente que sirve para cortar cocaína, en la creencia de que transportaba cocaína

Como se sabe, el fundamento del castigo del delito imposible pasa por reconocer que en estos supuestos el desvalor de acción típico del delito doloso se presenta con total plenitud, pero, ya sea por falta de objeto material, o por falta de idoneidad relativa de la conducta para provocar el daño o peligro para el bien jurídico protegido o por falta de

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1388/1997 (Sala de lo Penal), de 10 de noviembre – (RJ 1997/8033) Ponente: Excmo. Sr Manuel Areal Alvarez:

La doctrina de esta Sala se ha ocupado del tema del delito imposible , principalmente en sus Sentencias 527/1993, de 10 marzo (RJ 1993\2133) y 528/1993, de 12 marzo (RJ 1993\2179), con relación a la tentativa inidónea, señalando que «vienen exigiéndose los siguientes condicionamientos : 1.º) Resolución de delinquir , de realizar un acto delictivo de los tipificados penalmente, presidido por un dolo directo o eventual; 2.º) Traducción de tal propósito en una determinada actividad tendente a la consecución del fin antijurídico propuesto o aceptado ; 3.º) Falta de producción del fin querido de un modo absoluto , bien por haber empleado medios inidóneos, por su propia naturaleza, con respecto a dicha finalidad, o porque el sujeto los creía idóneos y carecían de aquella aptitud natural y necesaria para conseguir lo apetecido, bien porque no pueda producirse lo deseado por carencia íntegra y total del objeto del delito; y 4.º) Presencia de antijuridicidad, puesta en peligro del orden jurídico que conmueva la conciencia del ente social, cierto peligro de lesionar el bien jurídicamente protegido. La tentativa inidónea supone, pues, la imposibilidad de consumación del delito intentado en razón a la inidoneidad de los medios utilizados -imposibilidad de ejecución- o a la inexistencia del objeto -imposibilidad de producción- sobre que se pretendía actuar, o de ambas cosas a la vez - Sentencias de 24 mayo 1982 (RJ 1982\2707), 11 octubre 1983 (RJ 1983\4733), 5 diciembre 1985 (RJ 1985\5993), etc.-».

Conforme a tan pacífica doctrina jurisprudencial sólo está excluida de la penalidad la tentativa inidónea, con inidoneidad absoluta , o sea la irreal o imaginaria, que pretende matar al enemigo con conjuros o prácticas mágicas, pero no la de idoneidad relativa , que puede revelar la ineficacia temporal o momentánea en atención a las circunstancias, pero que no empece que acredite su virtualidad en otras condiciones.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

ambos, **no existe el desvalor de resultado exigido por el precepto que sea, esto es, ya se esté ante un delito de lesión o de peligro para el bien jurídico protegido.**

C. TEORÍA DE LA IGNORANCIA DELIBERADA EN EL TRÁFICO DE DROGAS

Afirma REDONDO HERMIDA²⁵ que, en términos generales, la doctrina de la ignorancia deliberada está siendo asumida por nuestra jurisprudencia, en una adaptación de la misma a las bases doctrinales de nuestro ordenamiento punitivo, por lo menos desde la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1637/1999 de 10 enero**²⁶. Según dicha jurisprudencia, quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir, no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias.

En la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1410/2005 de 30 noviembre²⁷, se estudian en paralelo dos diferentes derivaciones

²⁵ REDONDO HERMIDA, Álvaro. La doctrina de la «ignorancia deliberada» en la jurisprudencia penal española La Ley Penal, N.º 63, Editorial LA LEY Septiembre 2009,

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1637/1999 (Sala de lo Penal), de 10 de enero – RJ 2000\433- Ponente: Excmo. Sr Sr. Joaquín Giménez García:

La Sala extrae la conclusión de que José J. tuvo conocimiento de que el dinero procedía del negocio de drogas -cosa que él niega- de hechos tan obvios como que la cantidad era muy importante y de la naturaleza claramente clandestina de las operaciones, por lo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación -cobraba un 4% de comisión-, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1410/2005 (Sala de lo Penal), de 30 de noviembre – RJ 2006\506- Ponente: Excmo. Sr Sr. Joaquín Giménez García

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

doctrinales de la teoría de la «ceguera voluntaria» anglosajona: por un lado, la doctrina de la «ignorancia voluntaria», y por otro lado, la doctrina de la «indiferencia». Es importante señalar que la Sala no confunde ambas elaboraciones teóricas, sino que las diferencia claramente, afinando así más en el ámbito de la institución que nos ocupa. Según esta Sentencia, el imputado era conocedor del contenido de la sustancia que transportaba, máxime porque no había dado ninguna explicación razonable que pudiera desvirtuar de alguna manera tales indicios.

En cuanto al tratamiento que debe otorgársele a los casos en que se aprecia que existe “ignorancia deliberada”, **la Sentencia Del Tribunal Supremo núm. 465/2005 de 14 abril²⁸** Según una novedosa jurisprudencia del Tribunal Supremo **"la llamada "doctrina de la ignorancia deliberada" en aquellos casos en los que un sujeto provoca su propio desconocimiento merece el tratamiento propio de los delitos dolosos.**

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 465/2005 (Sala de lo Penal), de 14 de abril – RJ 2005\4357- Ponente: Excmo. Sr Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo

El Tribunal sentenciador declara la concurrencia del dolo como conclusión de la racional valoración de los datos indiciarios manejados, tales como el hecho de que el propio coacusado admitiera que había recibido un paquete que debía llevar a Gijón en autobús ese mismo día, recibiendo a cambio 10.000 pesetas, siendo así que al ser detenido se le ocuparon 46.000. Junto a ello, las declaraciones prestadas por el mismo en el procedimiento (Folios 488 a 491, 536 y 1126) en la que reconoce que aunque no sabía del contenido del paquete a transportar, sospechaba que era algo ilegal, lo que ya permite considerar la concurrencia de, al menos, el dolo eventual resultando en este particular acertadísima la invocación que hace el Fiscal a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 (RJ 2003\ 5161) en relación con la teoría de la «ignorancia deliberada, según la cual quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierta no puede alegar ignorancia alguna, y, por el contrario, debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar - SSentencia del Tribunal Supremo 946/02 de 22 de mayo (RJ 2002\ 7488) , y las en ella citadas, todas precisamente, en relación a casos de tráfico de drogas-». Todo ello se refuerza con actuación de su esposa, que lo esperaba en la calle mientras recibía el paquete con la droga, desempeñando funciones de vigilancia que prosiguió cuando ambos se dirigían al Metro, no juntos, como habría sido lo usual, sino caminando Juana a cierta distancia, por detrás del ahora recurrente para controlar la situación y avisar de cualquier peligro que advirtiera.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Acudamos a la casuística para conocer cómo el Tribunal Supremo interpreta y aplica la doctrina de la “ignorancia deliberada” en los casos de tráfico de drogas:

El Auto del Tribunal Supremo 2270-06, de 17 de octubre²⁹ afirma que «el recurrente debió saber que, dado el beneficio que obtenía con el transporte de las botellas (pago de billete a Ámsterdam, aplazamiento del cobro de una importante deuda y 1300 euros incautados que, según la sentencia, eran parte del precio acordado por realizar el viaje), el contenido de las mismas no podía ser otra cosa que algo ilícito».

El Auto del Tribunal Supremo 1617/2006, de 15 de junio³⁰, por su parte, afirma, que «quien acepta transportar a nuestro país una maleta a cambio de seis mil euros es evidente que [...] debe sospechar su ilícito contenido».

También parece representativo de este planteamiento el Auto del Tribunal Supremo 2281/2006, de 25-10-06, cuando sostiene:

²⁹ Auto del Tribunal Supremo núm. 465/2005 (Sala de lo Penal), de 14 de abril – JUR 2006\292567 - Ponente: Excmo. Sr Sr. Carlos Granados Pérez:

A) Mantiene el recurrente que desconocía que el contenido de las botellas (cerradas y selladas) que transportaba en su equipaje fuera cocaína en la cantidad que resulto ser.

B) Para inadmitir este motivo hemos tan solo de aludir al que hemos venido en llamar "principio de ignorancia deliberada" según el cual, quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierto, no puede alegar ignorancia alguna y, por el contrario debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar (Sentencia del Tribunal Supremo 30-4-2003).

C) Aplicando el citado principio al caso que nos ocupa, baste subrayar como el recurrente debió saber que, dado el beneficio que obtenía con el transporte de las botellas (pago de billete a Ámsterdam, aplazamiento del cobro de una importante deuda y 1300 euros incautados que, según la sentencia, eran parte del precio acordado por realizar el viaje), el contenido de las mismas no podía ser otra cosa que algo ilícito y de importante valor.

³⁰ Auto del Tribunal Supremo núm. 1617/2006 (Sala de lo Penal), de 15 de junio – JUR 2006\201864 - Ponente: Excmo. Sr Sr. Carlos Granados Pérez:

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

«El propio recurrente reconoció el transporte de droga y la contraprestación en especie que iba a percibir por ello. En esta situación, por propia decisión debe asumir las consecuencias de su actuar delictivo, porque lo sabido y querido al menos con dolo eventual coincidió con lo efectuado. Fue libre de decidir el transporte de droga y las condiciones del mismo, y alegar que desconocía uno de los elementos del tipo, cual era el destino al tráfico lucrativo con terceros de la cocaína que portaba, pugna con las reglas de la lógica, dado el elevado peso y el número de paquetes transportados, que incluso han determinado la aplicación del tipo agravado por la notoria importancia».

Más recientemente podemos citar resoluciones como la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2011³¹, que expresa que esta teoría en un plus respecto a la mera pereza mental, en que aquél que puede y debe conocer las consecuencias de sus actos y sin embargo presta su colaboración y se beneficia, debe hacer frente a las consecuencias penales de su actuar. Su relación con el dolo eventual, continúa la citada sentencia, concurre cuando el autor conoce el peligro concreto de realización del tipo que genera con su acción y a pesar de ello la lleva a cabo. Sobre ese conocimiento la ausencia de conductas de comprobación indica al menos la indiferencia del sujeto hacia los extremos no comprobados. Si quien realiza el transporte de la droga, por ejemplo, no opone ningún obstáculo a ello ni comprueba lo que realmente constituye el objeto de la acción, ello indica que estaba dispuesto a ejecutarla en cualquier caso, por ello, lo que se conoce como ceguera voluntaria (willfull blindness) no excluye la responsabilidad criminal por la acción ejecutada. En el presente caso el acusado recibe un paquete sin querer conocer su contenido, trasladándolo desde Colombia y resultando

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 129/2011 (Sala de lo Penal), de 10 de marzo – RJ 2011\2645 - Ponente: Excmo. Sr Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

contener cocaína, aceptando así según la Sala enjuiciadora, las consecuencias de su actuar

Este planteamiento, sin duda simple en cuanto a la acreditación del tipo subjetivo del delito, es contestado y puesto en tela de juicio por alguna resolución de la propia Sala Segunda Tribunal Supremo, como la sentencia de 2 de octubre de 2012³², en la que establece que la teoría de la "ignorancia deliberada" como criterio para tener por acreditado el elemento cognitivo del dolo, es decir, para tener por probado que el autor obró conociendo los elementos del tipo objetivo o de un hecho que cualifique la infracción penal, ha sido fuertemente criticado en la doctrina porque se entendió como una transposición del "willful blindness" del derecho norteamericano y porque se considera que no resulta adecuado a las exigencias del principio de culpabilidad, llamándose la atención sobre el riesgo de que la fórmula de la "ignorancia deliberada" cuya incorrección idiomática ya fue señalada en la STribunal Supremo de 20 de julio de 2006 (RJ 2006, 8412), pueda ser utilizada para eludir la prueba del conocimiento en el que se fundamenta la aplicación de la figura del dolo eventual, o para invertir la carga de la prueba sobre este extremo, aclarándose que en el derecho vigente no cabe ni la presunción del dolo, ni eliminar sin más las exigencias probatorias del elemento cognitivo del dolo.

Así el dolo eventual quedará acreditado cuando el autor incumple conscientemente obligaciones legales o reglamentarias de cerciorarse sobre los elementos del hecho, como en el delito de blanqueo de capitales, o en los delitos de tenencia y tráfico de drogas, cuando el autor tuvo razones evidentes para comprobar los hechos y no lo hizo porque le daba igual que concurrieran o no los elementos del tipo, en definitiva

³² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 718/2012 (Sala de lo Penal), de 2 de octubre – RJ 2012\9458 - Ponente: Excmo. Sr Sr. Andrés Martínez Arrieta

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

cuando está acreditado que estaba decidido a actuar cualquiera que fuera la situación en la que lo hacía y que existían razones de peso para sospechar la realización del tipo. En todo caso, la prueba de estas circunstancias del caso estará a cargo de la acusación y sometida a las reglas generales que rigen sobre la prueba, quedando patente que el mero enunciado de la teoría de la ignorancia deliberada no motiva la acreditación del dolo eventual, sino que es necesario que aparezcan los supuestos enunciados anteriormente, con prueba de ello, para que la ignorancia adquiera la categoría de suficiente para dar vida al elemento subjetivo del tipo por vía del dolo eventual.

I.3 - CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE DROGA

A. INTRODUCCIÓN

El objeto material del delito del art. 368 del Código Penal lo constituyen las drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes³³, cuya extensión constituye objeto de discusión doctrinal y jurisprudencial.

Se entiende de forma mayoritaria por parte de la doctrina que «drogas tóxicas» no es más que el género al que pertenecen los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas, es decir, que la referencia a estos dos conceptos se realiza a modo de aclaración de lo que ha de entenderse por tales drogas tóxicas³⁴: los términos estupefacientes y psicotrópicos sólo especifican la forma en que actúan (provocando adormecimiento u obnubilación, o bien, sensaciones psíquicas o de alucinaciones)³⁵. Entre los estupefacientes: el cannabis y sus derivados, la coca y los suyos, opio y los suyos como la heroína o la morfina, y entre las sustancias psicotrópicas³⁶ se incluyen en el Anexo al Convenio de 21 de febrero de 1971 las antefaminas, barbitúricos y el LSD, entre otras. Y, en la medida en que la pluralidad de elementos empleados en la definición del objeto material del delito es innecesaria, bien se podía hacer

³³ Estas últimas fueron incluidas en el Código en la reforma que del mismo operó la LO 1/1988, de 24 de marzo.

³⁴ LORENZO SALGADO, J.M.: Las drogas en el Ordenamiento Penal Español. Bosch, Casa Editorial, S.A. (2º Edición), p. 78; MUÑOZ CONDE F., Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 627; PALMA HERRERA J.M., «El concepto de "grave daño a la salud" en el art. 344 del Código Penal. Especial consideración del "éxtasis"», Código PenalC, 1996 (58), p. 180; REY HUIDOBRO F., La nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas" en La Ley, 6 de marzo de 1996 pág. 105.

³⁵ F MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1995 p. 629.

³⁶ La Circular de la Fiscalía General del Estado nº 1/1984 entiende por psicotrópicos aquellas sustancias que pueden producir un estado de dependencia y estimulación o depresión del sistema nervioso central y que tenga como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora o del juicio o del comportamiento o del estado de ánimo.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

referencia o a «estupefacientes y sustancias psicotrópicas»³⁷, o a «drogas tóxicas».

Comenta REY HUIDORO que a la redacción que el Código Penal de 1995 otorga al tipo básico del delito de tráfico de drogas, “le son achacables los mismos defectos que la doctrina penal venía atribuyendo al anterior, al tratarse de un tipo penal extraordinariamente abierto que atenta contra los principios consagrados constitucionalmente de legalidad y seguridad jurídica. En efecto, la configuración dada al mismo concede al ámbito de los comportamientos previstos, una desmesurada amplitud al transformar en punible todo acto que comporte una contribución acreditada al consumo de drogas, de lo que resulta que cualquier acción perteneciente al ciclo económico o integrada en los segmentos de la producción o difusión del producto, está, sin más, comprendida en el tipo³⁸”.

En este mismo sentido, LORENZO SALGADO³⁹, refiriéndose a la redacción que el tipo básico de tráfico de drogas ofrecía el art. 344 del Código Penal, conforme a la reforma operada por la Ley 44/1971 de 15 de noviembre en el Código ya derogado, en similares términos que la regulación actual, advertía que su redacción resulta de tal amplitud e imprecisión que permite reconducir de manera literal todos los supuestos de tráfico ilícito a la penalidad que el precepto indiscriminadamente contiene, equiparándose así, comportamientos de muy distinto desvalor. Resalta este autor la evidencia del contrasentido que suponía, que la excesiva casuística utilizada en la redacción del precepto respecto de las formas de tráfico ilegal superaba a la de su regulación extrapenal de la

³⁷ REY HUIDOBRO, F.: La nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas” en La Ley, 6 de marzo de 1996.

³⁸ REY HUIDOBRO, F.: La nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas” en La Ley, 6 de marzo de 1996, pág. 1325.

³⁹ LORENZO SALGADO, J.M.: Las drogas en el Ordenamiento Penal Español. Bosch, Casa Editorial, S.A. (2º Edición), pág. 111.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

materia, resultando la legislación administrativa de estupefacientes de menor amplitud que la penal, “cuando lo lógico hubiera sido justamente lo contrario⁴⁰”.

La Fiscalía General del Estado⁴¹ también ha tratado de ofrecer una definición a los conceptos estupefacientes y psicotrópicos, distinguiéndolos de la siguiente forma:

Estupefacientes. Para concretar el giro legal de estupefacientes es indispensable acudir a los convenios internacionales ratificados por España y de modo especial a la Convención única de 1961 enmendada por el Protocolo de Ginebra el 25-3-1972 y conforme al texto de 8 de agosto de 1975. Su contenido esencial fue incorporado a nuestro Derecho positivo por la Ley 17, de 8 de abril de 1967, cuyo artículo 2.1 dispone que «a los efectos de la presente

Ley, se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio único de 1961 y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca». El párrafo segundo del citado artículo agrega que «tendrán la consideración de géneros prohibidos los estupefacientes incluidos en la IV de las listas anexas al Convenio», y, a su vez, esta norma internacional expresa (art. 2.5) que «los estupefacientes de la lista IV serán también incluidos en la lista I».

⁴⁰ En este sentido POLAINO LORENTE Y POLAINO NAVARRETE: Comentarios médico-psiquiátricos y jurídico penales a la legislación vigente sobre toxicomanías. Revista de Estudios Penitenciarios, 1972, octubre-diciembre, pág. 540.

⁴¹ CIRCULAR 1/1984 de la Fiscalía General del Estado sobre interpretación del art. 344 del Código Penal

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Hay que entender, en definitiva, por estupefacientes a los fines del artículo 344, sólo las sustancias relacionadas en las listas I, II y IV del Convenio. El Tribunal Supremo ha declarado en interpretación estricta del artículo 344, que son estupefacientes las sustancias incluidas en las listas I, II y IV del Convenio de 1961 y las que adquieran tal condición en el ámbito internacional, más las que se declaren expresamente tales dentro de España a tenor del artículo 3º del Convenio y del artículo 2º de la Ley de 8 de abril de 1967 (Sentencia de 14-2-1974, 22-2-1974, 24-9-1974, 17-3-1975, 4-4-1975, 23- 5-1975, 1-6-1975, 6-3-1975, 1-4-1977, 28-10-1978, 22-11-1978, 22-6- 1981, 30-9-1981, 8-6-1981, 18-12-1981 y 22-3-1984, entre otras). En las listas I, II y IV están, aparte otras sustancias menos conocidas, la cannabis y sus resinas, hojas de coca y cocaína, heroína, metadona, morfina, opio y codeína. –

Psicotrópicos. Sustancias psicotrópicas, según el Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971 —al que se adhirió España el 2 de marzo de 1973 y entró en vigor el 16 de agosto de 1976— son aquellas que pueden producir un estado de dependencia y estimulación o depresión del sistema nervioso central y que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora o del juicio o del comportamiento o del estado de ánimo (art. 2.4). De la propia literalidad del precepto y del contenido de las listas I, II y III anexas a este Convenio, se obtienen las especies típicas de drogas psicotrópicas. Entre ellas están enumeradas las que producen acción depresora o reductora de la conciencia (tranquilizantes o sedantes bajo la denominación de barbitúricos), las que ejercen acción estimulante sobre el sistema central produciendo sensación de energía y bienestar (anfetaminas) y los alucinógenos o ampliadores de la conciencia (ácido lisérgico, mescalina, psilocibina). El Real Decreto 2829/1977, de 6 de

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

octubre, regulador de las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos —desarrollado por las Ordenes de 11- 1-1981 y 20-5-1983— da acogida como tales en su anexo a las mismas sustancias enumeradas en el Convenio de Viena.

B. EL CONCEPTO DE DROGA. EL ART. 368 CÓDIGO PENAL COMO LEY PENAL EN BLANCO.

Podemos ya partir de la base de que no existe un concepto legal de droga. Desde que por primera vez apareciera legalmente la expresión “drogas tóxicas y estupefacientes” en el art. 558 del Código de 1928, el legislador ha renunciado a definir o concretar qué entiende por tales, con lo que esta fórmula “deviene estéril en tanto no se sepa qué y cuáles son estas sustancias⁴²”. Por otro lado, entiende CONDE-PUMPIDO FERREIRO⁴³ que “los conceptos de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas son conceptos normativos, cuyo contenido y extensión ha de ser llenado por el Tribunal...”. Pero el Tribunal Supremo también ha mostrado su preocupación por la diversidad de opiniones ante la falta de un concepto propio, entre otras, en la Sentencia de 30 de septiembre de 1981⁴⁴.

⁴² MARTINEZ BURGOS, C.: Las drogas ante la Ley. Cía. Bibliográfica española. Madrid, 1973, págs. 35 y ss.

⁴³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: “El tratamiento penal del tráfico de drogas: Las nuevas cuestiones” en La problemática de las drogas en España. VV.AA. Edersa (Editoriales Reunidas, SA), pág. 130.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal), de 30 de septiembre de 1981 – RJ 1981\3414 - Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Gomez de Liaño Cobaleda:

Que en el artículo 344 del C.P., se define y sanciona el delito de tráfico de sustancias tóxicas o estupefacientes, no definiendo el citado precepto, lo que, efectos punitivos debe entenderse por sustancias estupefacientes, pero, para hallar la significación y alcance de tal vocablo, no es necesario ni atinado acudir al Diccionario, a Enciclopedias o a opiniones doctrinales, toda vez que la primera fuente del derecho, la primordial, según el artículo 1.º del Código civil, es la Ley, y

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

El concepto de droga no es unitario, ya que podemos obtener tantos conceptos como disciplinas la integran en su estudio. Así podemos hablar de un concepto vulgar o popular de droga, que asocia al concepto determinadas sustancias como el alcohol, el tabaco, la cafeína, hachís, cocaína, L.S.D., etc.; de drogas legales, como el alcohol, el tabaco y el café, y drogas ilegales, como el cannabis, los opiáceos, los alucinógenos, etc.; drogas con fines terapéuticos, como benzodiazepinas, barbitúricos, analgésicos y anfetaminas, que son usadas sin control médico para conseguir efectos similares a los producidos por otro tipo de drogas; incluso de un concepto social de droga, y, según Prieto Rodríguez⁴⁵, de un concepto jurídico y, dentro de éste, de un concepto jurídico administrativo y de otro jurídico penal.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define Droga como: 1. f. Sustancia mineral, vegetal o animal, que se emplea en la medicina, en la industria o en las bellas artes. 2. f. Sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno. 3. f. medicamento. 4. f. Can., Am. Mer. y Méx. Deuda, a veces la que no se piensa pagar. 5. f. Col. Persona o cosa que desagrade o molesta. Es droga, una droga, mucha droga. 6. f. Ur. Cosa aburrida, tediosa o de mala calidad. 7. f. desus. Embuste, ardid, engaño. U. en Argentina. ~ blanda. 1. f. La que no es adictiva o lo es en bajo grado,

en este caso, el concepto de estupefacientes lo dan dos disposiciones, como lo son, el Convenio Unico de las Naciones Unidas de 30 de marzo de 1961, ratificado por España mediante instrumento de 3 de febrero de 1966 y que fue el inspirador de la reforma de 15 de noviembre de 1971, que dio nueva redacción al artículo 344 antecitado y la Ley de 8 de abril de 1961, dictada como consecuencia y para ejecución y reglamentación del citado Convenio, prescribiendo éste en el apartado j) de su artículo 1, que se reputan estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas que se insertan en las Listas I y II de los anexos al Convenio Unico y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho Convenio y en el nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca, añadiéndose que también se reputan estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en la Lista IV del anexo mencionado.».

⁴⁵ PRIETO RODRÍGUEZ, J I : El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico español, Aranzadi, 1993, p. 25.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

como las variedades del cáñamo índico. ~ dura. 1. f. La que es fuertemente adictiva, como la heroína y la cocaína. Estupefaciente. 1. adj. Que produce estupefacción. 2. m. Sustancia narcótica que hace perder la sensibilidad; p. ej., la morfina o la cocaína. Psicotrópico, ca. 1. adj. Dicho de una sustancia psicoactiva: Que produce efectos por lo general intensos, hasta el punto de causar cambios profundos de personalidad. Pero la Sentencia Tribunal de 30 septiembre 1981⁴⁶ nos dice claramente que para hallar la significación y alcance de tal vocablo, no es necesario, ni atinado, acudir a Diccionario, a Enciclopedias o a opiniones doctrinales, toda vez que la primera fuente de derecho la primordial, según el art. 1 del C. Civ., es la Ley, y, en este caso, el concepto de estupefacientes lo dan dos cuerpos legales como lo son, el Convenio Unico de las Naciones Unidas de 30 marzo 1961, ratificado por España mediante Instrumento de 3 febrero 1966 y que fue el inspirador de la reforma de 15 noviembre 1971

⁴⁶ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal), de 30 septiembre 1981 - RJ 1981\3412 -Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Vivas Marzal:

Siguiendo la pauta fijada por dicha Ley, una resolución de la Dir. Gral. de Sanidad de 15 marzo 1968, incluyó en las Listas I y IV la Acetorfina y la Etorfina, la Orden Ministerial de 25 junio 1969, añadió, a la Lista I, la Becitracida, la de 31 julio 1967, introdujo, en la citada Lista I, el LSD, la Mescalina y la Psilocibina, la de 31 diciembre 1971 incluyó el Propiramo en la Lista II, la de 12 agosto 1974, en la Lista I, el Dotrebanol y sus sales, la de 18 junio 1975, en la Lista III, el Propiramo antes mencionado, la de 26 febrero 1975, incluye en las Listas II y III, la Nicodicodina, la de 5 febrero 1975, en la Lista I, la Difenoxina, y, finalmente el Anuncio de 28 febrero 1978, incluyó en las Listas I y IV del Convenio de Viena del que se hablará seguidamente, «las sales de las sustancias incluidas en dichas Listas»; paralelamente, el 21 febrero 1971, se había pactado el Convenio de Viena antecitado sobre sustancias psicotrópicas, siendo ratificado dicho Convenio por España el 2 febrero 1973, publicándose el Instrumento de Adhesión a dicho Convenio el 10 septiembre 1976, si bien, paradójicamente, en el Boletín Oficial aludido, por causas ignoradas, no se insertan las correspondientes Listas hasta la publicación del D. de 6 octubre 1977.

Y como, en ninguna de las citadas Listas, ni en las disposiciones que incluyeron en las mismas otras sustancias, figura la controvertida «Pentazocina» de autos, y como, por otra parte, no es lícito en Derecho Penal recurrir a la analogía salvo que la Ley lo permita o sea a favor del reo, y, como, finalmente, además, no es posible tratar de obtener un concepto de estupefacientes distinto del legal y construido con fundamento en la habituación o la adicción -las cuales, por lo demás, también las producen el tabaco, el alcohol y el café sin que a nadie se le ocurra que se trate de dichos estupefacientes-, procede la desestimación del segundo motivo del recurso interpuesto por el M.^o Fiscal y fundado en el núm. 1 del art. 849 de la L. E. Crim. por inaplicación del art. 344 del C. P.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

que dio nueva redacción al art. 344 antecitado, y la L. de 8 abril 1967, dictada como consecuencia y para ejecución y reglamentación del citado Convenio, prescribiendo éste, en el ap. j) de su art. 1, que se reputan estupefacientes a cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que se insertan en las Listas I y II de su anexo, y disponiendo, la citada L. de 8 abril 1967, en su art. 2, que se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas, incluidas en las Listas I y II de los anexos al Convenio Unico y las demás que adquieran tal consideración, en el ámbito internacional, con arreglo a dicho Convenio y, en el nacional, por el procedimiento que reglamentariamente se establezca, añadiéndose que también se reputan estupefacientes las sustancias incluidas en la Lista IV del anexo mencionado;

Los conceptos normativos de drogas existentes nos los ofrecen la Organización Mundial de la Salud, que considera droga toda sustancia que cuando se introduce en el organismo puede modificar una o varias de sus funciones (O.M.S. T.T. nº. 407), concepto recogido también por la Fiscalía General del Estado, en Circulares relacionadas con la derogada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970; como la del Real Decreto de 18 de abril de 1960: “son drogas los objetos naturales y productos químicos, empleados como primeras materias en la elaboración de medicamentos” (arts. 1 y 2)⁴⁷.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2014/1992 (Sala de lo Penal), de 28 septiembre RJ 1992\7465 Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz

En tal sentido, para llevar el concepto normativo que las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas representan, hay que acudir a las reglas extrapenales precisas. Son el Convenio Unico de Estupefacientes de las Naciones Unidas, de 30-3-1961, ratificado por España el 3-2-1966 a su vez enmendado por el Protocolo de Ginebra, de 25-3-1972, también ratificado el 15-12-1976, y el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de Viena, 21-2-1971, ratificado el 2-2-1973 (RCL 1976\1747, 1943 y ApNDL 5038). Tales Convenios dieron lugar, en su momento y respectivamente, a la Ley 8-4-1967, sobre Estupefacientes, y al Real Decreto 6-10-1977, sobre Preparados psicotrópicos. Convenios cuya fuerza de obligar impone el art. 96.1 de la Constitución con el carácter de leyes internas.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

En el sentido que ya comentamos anteriormente, SEQUEROS SAZATORNIL⁴⁸ entiende que los estupefacientes y sustancias psicotrópicas son manifestaciones legales de las drogas en sentido amplio y refiere en el mismo sentido que la Circular 1/1984 de 4 de junio de la Fiscalía General del Estado, que es indispensable acudir a los Convenios Internacionales ratificados por España y de modo especial a la Convención Única de 1961, enmendada por el Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972. Así, el contenido de la misma fue incorporado a nuestro derecho interno por la Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizaban las normas vigentes sobre estupefacientes adaptándolas al Convenio citado. Su art. 2.1 dispone que “a los efectos de la presente Ley se consideran estupefacientes las sustancias naturales y sintéticas incluidas en las Listas I y II de las anexas al Convenio Unido de 1961 y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca”. Estableciéndose en el apartado 2 del mismo artículo que “tendrán la consideración de géneros prohibidos los estupefacientes incluidos en la Lista IV de las Listas Anexas al Convenio”, lo que integrado con lo dispuesto en el art. 2.4 del mismo “los estupefacientes de la Lista IV serán también incluidos en la Lista I”, permite concluir que debe entenderse como estupefacientes exclusivamente tan sólo las sustancias relacionadas en las Listas I, II y IV de la Convención Unida de 1961. Esta interpretación ha sido asumida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 14 de febrero y 24 de septiembre de 1974; 17 de marzo y 4 de abril de 1975; 1 de abril de 1977; 28 de octubre de 1978; 22 de junio de 1981, etc.

Continúa el mencionado autor, apuntando que de acuerdo con la definición que al respecto nos ofrece el art. 1 r) de la Convención de

⁴⁸ SEQUEROS SAZATORNIL, F.: El tráfico de drogas ante el Ordenamiento Jurídico (Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial), La Ley, 2000, pág. 82

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Naciones Unidas de 19 de diciembre de 1988, debemos entender igualmente como sustancias psicotrópicas “cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier materia natural que figure en las Listas I, II, III, IV del Convenio sobre Sustancias psicotrópicas de 1971”, Convención a la que se adhirió España el 2 de febrero de 1973. Las aludidas Listas fueron incorporadas al Real Decreto 2829/1977 de 6 de octubre, que las reprodujo literalmente en el Anexo I, de la citada disposición reguladora de “las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización, inspección de fabricación, distribución, prescripción y dispensación”. Así, tendrán solamente la consideración de sustancia psicotrópica, las sustancias incluidas en el Anexo I del Decreto 2829/1977, que coinciden con las relacionadas en las Listas I, II, III y IV de la Convención sobre Sustancias psicotrópicas de 1971, hecha en Viena el 21 de diciembre.

SEQUEROS SATAZORNIL entiende que no todas las sustancias psicotrópicas que en su día fueron clasificadas en el Anexo II, siguen excluidas penalmente en la actualidad, ya que algunas (tilidina, fentermina, butalbital, flunitrazepam, clonazepam, diazepam, etc.), han sido trasladadas al Anexo I progresivamente, de conformidad con distintas Ordenes Ministeriales, al haber sido sometidas a la fiscalización por los organismos internacionales, incluyéndolas en las Listas aludidas.

Se discute por parte de la doctrina y la jurisprudencia **si el delito examinado queda convertido en una ley penal en blanco⁴⁹ a rellenar con lo dispuesto en las mencionadas Listas de los Convenios o si, por el contrario, se trata de una ley penal completa en la que se incluye un elemento normativo singular situado en una ley de carácter no penal** -el concepto mismo de droga tóxica- al que ha de

⁴⁹ J.A. BELLOCH, «La reforma del art. 344 del Código Penal: una visión judicial», en Comunidad y drogas, 1988 (3), p. 73.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

recurrirse para dotar de contenido al objeto material del delito⁵⁰; frente a estas líneas doctrinales que interpretan en sentido normativo el concepto de droga tóxica, otro sector doctrinal entiende que el delito tipificado en el art. 368 se configura como una ley penal completa, en la que para terminar de dotar de contenido a sus elementos, es preciso recurrir a los mencionados listados, pero no como tales elementos normativos, sino a efectos de interpretación de lo que por tales haya de entenderse⁵¹.

Según se opte por una u otra opción, las consecuencias en el ámbito de la tipicidad van a ser distintas. Así, para aquéllos que entienden que se está ante una ley penal en blanco y para aquellos otros que optan por el carácter de elementos normativos singulares⁵² -a estos efectos, las consecuencias son iguales-, aquellas drogas tóxicas que a pesar de causar el mismo daño a la salud del consumidor que no se encuentren incluidas en los listados internacionales en el momento en que se lleve a cabo su elaboración o tráfico, no serían castigadas penalmente⁵³. Por el contrario, si se entiende que el art. 368 realiza una remisión implícita de carácter interpretativo a dichos listados, el dato de que una droga tóxica no haya sido incluida expresamente en los mismos en el momento de su elaboración o tráfico no va a significar la impunidad de la conducta si con ellas se afecta al bien jurídico protegido de la misma forma que con las drogas incluidas expresamente en los listados.

Aquella parte de la doctrina que entiende que los conceptos que incorpora el legislador en el art. 368 vienen definidos por los listados internacionales afirma que hubiera sido necesario hacer expresa mención

⁵⁰ PALMA HERRERA J.M., «El concepto de "grave daño a la salud" en el art. 344 del Código Penal. Especial consideración del "éxtasis"», Código PenalC, 1996 (58), p. 187.

⁵¹ F. MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 628.

⁵² Sin embargo, con relación a otras cuestiones, se aprecian considerables diferencias: vid M. ACALÉ SÁNCHEZ, Delitos urbanísticos, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 258.

⁵³ Entre otros, M. BARBERO SANTOS

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

a ellos en el precepto⁵⁴ (y además señalar cuáles son las que causan grave daño a la salud), en la medida en que, como se sabe, uno de los requisitos que exige el Tribunal Constitucional en el empleo de la técnica de las leyes penales en blanco es que la remisión a la norma de carácter extra penal sea expresa⁵⁵.

De igual forma, se ha planteado por la doctrina la inseguridad jurídica que el flujo reglamentario sobre la materia ocasiona, en referencia a la posible vulneración del principio de legalidad bajo la infracción de la reserva de ley que debe acompañar la elaboración de normas penales, pero ya es reiterada la jurisprudencia constitucional que establece que el reenvío normativo no atenta contra la reserva de ley cuando, como es el caso, presupuesto de hecho y consecuencia jurídica aparecen claramente contenidos en la norma penal⁵⁶.

Pero sobre este respecto la Jurisprudencia ya se ha pronunciado, con contundencia, sobre todo si atendemos a la rotundidad con la que se expresa la Sentencia Tribunal Supremo núm. 363/2001⁵⁷ aclarando que

⁵⁴ T.S. VIVES ANTÓN y J.A. BELLOCH (entre otros).

⁵⁵ M. ACALE SÁNCHEZ M , Delitos urbanísticos, Cedecs, Barcelona, 1997,, pp. 223 y ss.

⁵⁶ Según constante y reiterada doctrina jurisprudencial (STC 120/1998 [RTC 1998, 120] o 127/1990 [RTC 1990, 127]) las normas penales en blanco han de respetar tres requisitos: 1) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; 2) que la Ley penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y, 3) que sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, que se de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

⁵⁷ Sentencia Tribunal Supremo núm. 363/2001 (Sala de lo Penal), de 7 marzo - RJ 2001\1252 -Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

La cuestión planteada por el recurrente fue resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que admitió la constitucionalidad de la remisión al ordenamiento como forma de «colaboración reglamentaria en materia sancionadora» estableciendo límites a la técnica de remisión consistentes en exigir que la norma remisoras contenga los «elementos esenciales de la conducta» (STC 3/1988, de 21 de enero [RTC 1988, 3]), esto es, que el nudo esencial de la conducta punible debe describirse en la norma penal (STC 127/1990, de 5 de julio [RTC 1990, 127]).

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

art. 368 del Código Penal contiene una norma penal en blanco en cuanto parte de la estructura de la norma, la definición del supuesto de hecho punible, no se contiene en la propia norma penal sino que se remite a una norma distinta que complementa el tipo penal.

La citada resolución, fundamenta la remisiones a otras normas, incluso de carácter reglamentario, en la variabilidad y complejidad de las materias, en este supuesto sanitarias y sobre las que la norma penal no puede recoger la multiplicidad de objetos, situaciones, requisitos, etc. sobre los que recae la conducta típica. Sigue diciendo que en este sentido, la norma penal en blanco proporciona mayor seguridad jurídica a la norma penal en cuanto la remisión permite concretar la conducta o el objeto sobre el que recae la acción típica.

Recuerda además esta Sentencia, como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional admitió la constitucionalidad de la remisión al ordenamiento como forma de «colaboración reglamentaria en materia sancionadora» estableciendo límites a la técnica de remisión consistentes en exigir que la norma remisora contenga los «elementos esenciales de la conducta» (STC 3/1988, de 21 de enero [RTC 1988, 3]), esto es, que el nudo esencial de la conducta punible debe describirse en la norma penal (STC 127/1990, de 5 de julio [RTC 1990, 127]).

Por otra parte, *sigue diciendo*, los Tratados Internacionales, art. 96 CE, válidamente celebrados una vez publicados oficialmente forman parte del ordenamiento interno con un pronunciamiento para su derogación, modificación o suspensión y en el que la Orden Ministerial no es más que la norma por la que se ordena su publicación.

Por otra parte, los Tratados Internacionales, art. 96 CE, válidamente celebrados una vez publicados oficialmente forman parte del ordenamiento interno con un pronunciamiento para su derogación, modificación o suspensión y en el que la Orden Ministerial no es más que la norma por la que se ordena su publicación.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Se ha procurado la integración de los Convenios Internacionales en los que España es parte como medio de obtención de un criterio estable sobre el que definir el objeto de la acción. La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁸, si bien constantemente recurre a las Listas internacionales en el momento de comprobar el carácter de droga tóxica de una sustancia, no siempre, aunque se haya dicho lo contrario, entiende que se está ante una ley penal en blanco. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 199⁵⁹ establece que el art. 344 del Antiguo Código Penal es una «ley penal en blanco que exige el complemento de otra Ley extrapenal sustantiva para su desarrollo»⁶⁰. En sentido opuesto se manifiestan las Sentencias del mismo Tribunal de 7 de julio de 1995⁶¹ y de

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 223/1997 (Sala de lo Penal), de 18 marzo - RJ 1997\1693 - Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Montero Fernández-Cid

Es preciso recordar que, conforme señala con precisión la Sentencia del Tribunal Supremo 849/1995, de 7 julio (RJ 1995\5389), «un estudio cuidadoso de la estructura normativa demuestra que el artículo 344 del Código Penal (obviamente se refiere al de 1973 no contiene una norma penal en blanco, sino un tipo completo», añadiendo dicha sentencia del Tribunal Supremo que «por leyes penales en blanco se deben entender aquellas que sólo contienen una amenaza penal para la infracción de otra norma a la cual remiten. Es fácil comprobar que la infracción del deber normativo sancionada por el art. 344 Código Penal se encuentra íntegramente en esta disposición, pues consiste en "ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico", o de otro modo "promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o poseerlas con aquellos fines", es decir, en una conducta que el texto del art. 344 Código Penal describe íntegramente sin referencia alguna a la infracción de otra norma. Ciertamente es frecuente que para establecer cuáles son las sustancias que se deben considerar objeto de la acción, los precedentes de esta Sala se han referido, por ejemplo, al Convenio de Naciones Unidas de 1961, como lo hace también la sentencia recurrida. Pero de ello no es correcto deducir que el art. 344 Código Penal, constituye una ley penal en blanco, pues tales convenios no definen el deber cuya infracción sanciona el art. 344 Código Penal, sino que clasifican, con arreglo a criterios científicos, las sustancias alcanzadas por la definición de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas y, por lo tanto, no complementan el tipo penal, sino que constituyen un punto de vista objetivo para dar contenido a elementos normativos del tipo...».

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1655/1994 (Sala de lo Penal), de 27 de Septiembre – RJ 1995/1415 – Ponente: José Antonio Martín Pallín

⁶⁰ En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1994 (RJ 1994/4509). Excmo. Sr. D. Fernando Díaz Palos

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 849/1995, (Sala de lo Penal) de 7 de Julio, RJ 1995 5389, Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater:

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

18 de marzo de 1997⁶²: «un estudio cuidadoso de la estructura normativa demuestra que el art. 344 ACódigo Penal no contiene una norma penal en blanco, sino un tipo completo en el que el objeto de la acción está caracterizado por un elemento normativo. Por leyes penales en blanco se deben entender aquellas que sólo contienen una amenaza penal para la infracción de otra norma a la cual remiten. Es fácil comprobar que la infracción del deber normativo sancionada por el artículo 344 se encuentra íntegramente en esta disposición, pues consiste en "ejecutar actos de

a) La Defensa ha planteado con agudeza dos cuestiones de singular importancia en relación a las leyes penales en blanco y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia, que últimamente -a partir de la STC 118/1992 (RTC 1992\118)- viene exigiendo que en el caso de estas leyes se de un reenvío normativo expreso. Sin embargo, se debe señalar que ya en la citada STC 118/1992 se estableció que la norma complementaria de una ley penal en blanco «no se verá afectada por la garantía de reserva de Ley Orgánica según el artículo 81.1 CE» (ver en el mismo sentido SSTC 127/1990 [RTC 1990\127] y 111/1993 [RTC 1993\111]). De esta manera pierde todo apoyo la última parte de la argumentación de la Defensa del recurrente.

Sólo queda por analizar, por lo tanto, la otra cuestión, relativa a la ausencia de un reenvío normativo expreso en el artículo 344 Código Penal. Tampoco en este punto es posible dar la razón a la Defensa. En efecto, un estudio cuidadoso de la estructura normativa demuestra que el artículo 344 Código Penal -a diferencia de lo que sostiene el recurrente- no contiene una norma penal en blanco, sino un tipo completo en el que el objeto de la acción está caracterizado por un elemento normativo. Por leyes penales en blanco se deben entender aquellas que sólo contienen una amenaza penal para la infracción de otra norma a la cual remiten. Es fácil comprobar que la infracción del deber normativo sancionada por el artículo 344 Código Penal se encuentra íntegramente en esta disposición, pues consiste en «ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico», o de otro modo «promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o poseerlas con aquellos fines», es decir en una conducta que el texto del artículo 344 Código Penal describe íntegramente sin referencia alguna a la infracción de otra norma. Ciertamente es frecuente que para establecer cuáles son las sustancias que se deben considerar objeto de la acción, los precedentes de esta Sala se han referido, por ejemplo, al Convenio de Naciones Unidas de 1961, como lo hace también la sentencia recurrida. Pero de ello no es correcto deducir que el artículo 344 Código Penal constituye una Ley Penal en blanco, pues tales convenios no definen el deber cuya infracción sanciona el artículo 344 Código Penal, sino que clasifican, con arreglo a criterios científicos, las sustancias alcanzadas por la definición de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos y, por lo tanto, no complementan el tipo penal, sino que constituyen un punto de vista objetivo para dar contenido a elementos normativos del tipo.

⁶² 4 Sentencia del Tribunal Supremo núm. 223/1997 (Sala de lo Penal), de 18 marzo, RJ 1997\1693, Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Montero Fernández-Cid

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

cultivo, elaboración o tráfico" o de otro modo "promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o poseerlas con aquellos fines", es decir en una conducta que el texto del art. 344 ACódigo Penal describe íntegramente sin referencia alguna a la infracción de otra norma».

Las Sentencias precitadas van todavía más lejos al afirmar que los Convenios internacionales «no definen el deber cuya infracción sanciona el art. 344 ACódigo Penal, sino que clasifican, con arreglo a criterios científicos, las sustancias alcanzadas por la definición de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas y, por lo tanto, no complementan el tipo penal, sino que constituyen un punto de vista objetivo para dar contenido a elementos normativos del tipo».

El Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de septiembre de 1992⁶³, afirma en este sentido que puesto que los Tratados Internacionales, en virtud del art. 96.1 CE son derecho interno, las sustancias y productos enumerados en aquellos que hacen referencia al tráfico de drogas y en los que España es parte tienen carácter vinculante. También el Tribunal Supremo se ha pronunciado advirtiendo en Sentencia de 27 de septiembre de 1991⁶⁴, que la consideración de droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica, dependerá de que el material incautado, aunque se halle recogido en los Convenios, pueda ser subsumido realmente en uno de los tres conceptos aludidos. Pero plantea VALLE MUÑIZ⁶⁵ que esta interpretación tiene como inconveniente en la ausencia de criterios jerárquicos en los Convenios Internacionales similares al contenido en el tipo básico, que distingue entre sustancias que

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2014/1992 (Sala de lo Penal), de 28 septiembre - RJ 1992\7465 - Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 27 septiembre 1991 -RJ 1991\6590- Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel García Miguel

⁶⁵ VALLE MUÑIZ, JM: Tratamiento jurídico penal del tráfico ilegal de drogas tóxicas. Comentarios al Nuevo Código Penal, VV.AA, Aranzadi, pág. 1641 y ss.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

causan grave daño a la salud y todas las demás, por lo que, en principio, solo una labor interpretativa en la que el bien jurídico se convierte en piedra angular puede resolver la cuestión de la mayor o menor virulencia de la droga (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre 1991⁶⁶).

La doctrina mayoritaria entiende el concepto de droga tóxica, estupefaciente y sustancia psicotrópica, tiene una respuesta individual y concreta en los textos que la desarrollan y complementan⁶⁷. Por otra parte, otros sectores doctrinales abogan por la integración del bien jurídico en la interpretación del objeto marial, otorgando a los Tratados Internacionales un mero valor indicativo (Beristáin o Muñoz Conde), que mantienen que el Juez no está obligado a acatar rigurosamente las enumeraciones contenidas en los correspondientes convenios internacionales o leyes administrativas y demás disposiciones que las regulen. BERISTAIN⁶⁸ opina que el Juez, al aplicar algunas de esas normas penales, puede y debe manejar un concepto de drogas propio, actual, que tenga en cuenta las exigencias del método jurídico-penal...y los bienes jurídicos que debe proteger la legislación penal. En la misma línea entiende MUÑOZ CONDE que no es necesario estimar estupefaciente o droga, con carácter vinculante y exclusivo, las sustancias recogidas en los catálogos administrativos internacionales o en las leyes administrativas nacionales, toda vez que la Ley no impone tal cosa. La

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 23 octubre 1991 -RJ 1991\7354- Ponente: Excmo. Sr. D. José Hermenegildo Moyna Mengües.

⁶⁷ CORDOBA RODA: El delito de tráfico de drogas. Estudios Penales y Criminología IV. Universidad de Santiago 1981, págs. 15 y ss. Opus cit. Por LORENZO SALGADO: Reforma de 1983 y tráfico de drogas. La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político-criminales. VVAA. Edersa (Editoriales Reunidas, SA) 1986, pág. 34: "para estimar que una determinada sustancia es de las consignadas en el art. 344, es preciso que la misma, además del cumplimiento de los elementos que definen los términos empleados por el legislador merezca tal consideración según los preceptos que integran la normativa de naturaleza no penal".

⁶⁸ BERISTAIN: Cuestiones Penales y criminologías. Editorial Reus 1979, citado por RICO LARA, M. en Las drogas, su dimensión social y jurídica, en Toxicología de la drogadicción, VV.AA. Editorial Díaz de Santos, S.A. Madrid/Barcelona, pág. 153.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

enumeración de esas sustancias puede desempeñar un papel orientativo, pero subordinado al bien jurídico protegido (la salud pública)⁶⁹.

La Sentencia Tribunal Supremo núm. 558/1996⁷⁰, tras reconocer que **la determinación del objeto material del delito de tráfico de**

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1995, pág. 566.

⁷⁰ Sentencia Tribunal Supremo núm. 558/1996 (Sala de lo Penal), de 11 septiembre - RJ 1996\6514 -Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta

“respecto del objeto material del delito contra la salud pública del art. 344 del Código Penal, y por lo que a los estupefacientes se refiere, en la Circular 1/1984 de la Fiscalía General del Estado, se dice que por tales sustancias, a los fines del citado artículo del Código Penal, hay que entender «sólo las relacionadas en las listas I, II y IV del Convenio. El Tribunal Supremo ha declarado, en interpretación estricta del artículo 344, que son estupefacientes las sustancias incluidas en las listas I, II y IV del Convenio de 1961 y las que adquieran tal condición en el ámbito internacional, más las que se declaren expresamente tales dentro de España a tenor del artículo 3.º del Convenio y del artículo 2.º de la Ley 8 abril 1967 (Sentencias 14 febrero 1974 [RJ 1974\758], 22 febrero 1974 [RJ 1974\855], 24 septiembre 1974 [RJ 1974\3405], 17 marzo 1975 [RJ 1975\1181], 4 abril 1975 [RJ 1975\1555], 23 mayo 1975 [RJ 1975\2289], 4 junio 1975 [RJ 1975\2784], 6 marzo 1975 [RJ 1975\864], 1 abril 1977 [RJ 1977\1534], 28 octubre 1978 [RJ 1978\3644], 22 noviembre 1978 [RJ 1978\3746], 22 junio 1981 [RJ 1981\2784], 30 septiembre 1981 [RJ 1981\3412], 8 junio 1981 [RJ 1981\2623] y 22 marzo 1984 [RJ 1984\1849], entre otras)».

Es de significar que el Convenio de Viena de 1971, sobre uso de sustancias psicotrópicas, prevé también, especialmente, la posibilidad de ampliación y de modificación de las Listas anexas a dicho convenio (v. art. 2.º del mismo) y que, con independencia de las normas prevenidas en el Real Decreto 2829/1977, de 6 octubre, del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, sobre fabricación, distribución, prescripción, y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos, por dicho Ministerio se han dictado, posteriormente, diversas Ordenes Ministeriales, entre ellas la de 30 mayo 1986, por la que se incluye en la lista I del anexo I del Real Decreto anteriormente citado -entre otras sustancias- la «3-4 metilene dioximetanfetamina (MDMA)».

La propia Jurisprudencia, a través de esta Sentencia reconoce que la determinación del objeto material del delito de tráfico de drogas del art. 344 del Código Penal no ha dejado de plantear problemas, desde la perspectiva del principio de legalidad. Nada tiene de particular, por tanto, que la doctrina científica se haya mostrado dividida al respecto entre quienes estiman que ha de defenderse la denominada teoría de la definición elástica o del arbitrio judicial, según la cual lo que cuenta no es la voluntad del legislador sino la voluntad de la ley plasmada en el Texto del artículo 344 del Código Punitivo (vigente art. 368 Código Penal), del cual no se desprende que haya de acudirse a los Convenios internacionales o a la legislación administrativa complementaria para entender el sentido y alcance de las expresiones contenidas en dicho precepto penal, por lo que entienden que es en el citado artículo, en su bien jurídico protegido y en su ubicación sistemática, donde hay que buscar el concepto de droga tóxica, estupefaciente y sustancia psicotrópica, sin desprestigiar, lógicamente, el valor

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

drogas del art. 344 del Código Penal no ha dejado de plantear problemas, desde la perspectiva del principio de legalidad y que la doctrina científica se haya mostrado dividida al respecto entre quienes estiman que ha de defenderse la denominada teoría de la definición elástica o del arbitrio judicial, según la cual lo que cuenta

orientador o informativo que para el Juzgador han de tener las listas contenidas en los Convenios internacionales suscritos por España, en estas materias. Otro sector de la doctrina es partidario de la denominada teoría de la definición rígida o por elencos de sustancias, con una doble tendencia: la de quienes únicamente admiten las relaciones de sustancias contenidas en las listas anejas a los Convenios internacionales sobre la materia, y la de quienes estiman preciso un desarrollo posterior de los Convenios internacionales en el ámbito de los Derechos internos de los distintos Estados que los han firmado.

De hecho -como anteriormente se ha dicho- en nuestro Ordenamiento, aparte de los Convenios Internacionales (de directa aplicación: v. art. 96 CE), se han publicado una serie de disposiciones de distinto rango (Ley, Real Decreto, Ordenes Ministeriales), en aplicación de los correspondientes Convenios y complementando sus respectivas listas anexas.

La actualización -por medio de Ordenes Ministeriales- de las listas de las sustancias prohibidas puede plantear dudas sobre su constitucionalidad. No obstante, ha de reconocerse que limitar la actualización de tales listas a las decisiones de los órganos internacionales competentes o a las leyes de los Parlamentos no parece, desde el punto de vista de la realidad de las cosas, el medio más idóneo para combatir eficazmente la lacra social del tráfico de drogas, dado que su gran variedad y enorme proliferación, consecuencia de la fértil inventiva del hombre, harían ineficaces, en buena medida, los Tratados y Acuerdos internacionales sobre la materia, y, en definitiva, la represión penal de este tipo de conductas de alto riesgo y generalizada repulsa sociales. En todo caso, es posible interpretar la exigencia constitucional de la reserva de ley (v. arts. 53 y 81 CE), en el sentido de que la misma se cumple adecuadamente por el propio artículo del Código Penal, por cuanto las actualizaciones cuestionadas no tienen otro alcance que el de simples indicaciones particularizadas del objeto material del correspondiente tipo penal. A esta conclusión cabe llegar a la vista de la doctrina sentada por esta Sala, que ha venido sancionando las conductas tipificadas en el citado artículo del Código Penal relativas tanto a las sustancias incluidas directamente en las listas anexas de los correspondientes Tratados Internacionales, como las posteriormente incorporadas a ellas en el ámbito interno en virtud de las pertinentes órdenes ministeriales. Así se desprende de la constante doctrina jurisprudencial relativa a este tipo de sustancias, cuyo tráfico ilegal se considera incluido en el ámbito del precepto penal cuya infracción se denuncia (v. SS. 6 marzo, 15 febrero, 18 mayo y 27 septiembre 1995 [RJ 1995\1806, RJ 1995\857, RJ 1995\3903 y RJ 1995\6749], y las en ellas especialmente citadas y más recientemente la de 5 febrero 1996 [RJ 1996\795], entre otras).

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

no es la voluntad del legislador sino la voluntad de la ley plasmada en el Texto del artículo 344 del Código Punitivo (vigente art. 368 Código Penal), del cual no se desprende que haya de acudirse a los Convenios internacionales o a la legislación administrativa complementaria para entender el sentido y alcance de las expresiones contenidas en dicho precepto penal, por lo que entienden que es en el citado artículo, en su bien jurídico protegido y en su ubicación sistemática, donde hay que buscar el concepto de droga tóxica, estupefaciente y sustancia psicotrópica, sin despreciar, lógicamente, el valor orientador o informativo que para el Juzgador han de tener las listas contenidas en los Convenios internacionales suscritos por España, en estas materias. Otro sector de la doctrina es partidario de la denominada teoría de la definición rígida o por elencos de sustancias, con una doble tendencia: la de quienes únicamente admiten las relaciones de sustancias contenidas en las listas anejas a los Convenios internacionales sobre la materia, y la de quienes estiman preciso un desarrollo posterior de los Convenios internacionales en el ámbito de los Derechos internos de los distintos Estados que los han firmado.

Concluye la Sentencia con que *limitar la actualización de tales listas a las decisiones de los órganos internacionales competentes o a las leyes de los Parlamentos no parece, desde el punto de vista de la realidad de las cosas, el medio más idóneo para combatir eficazmente la lacra social del tráfico de drogas, dado que su gran variedad y enorme proliferación, consecuencia de la fértil inventiva del hombre, harían ineficaces, en buena medida, los Tratados y Acuerdos internacionales sobre la materia, y, en definitiva, la represión penal de este tipo de conductas de alto riesgo y generalizada repulsa sociales. En todo caso, es posible interpretar la exigencia constitucional de la reserva de ley (v. arts. 53 y 81 CE), en el sentido de que la misma se cumple adecuadamente por*

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

el propio artículo del Código Penal, por cuanto las actualizaciones cuestionadas no tienen otro alcance que el de simples indicaciones particularizadas del objeto material del correspondiente tipo penal. A esta conclusión cabe llegar a la vista de la doctrina sentada por esta Sala, que ha venido sancionando las conductas tipificadas en el citado artículo del Código Penal relativas tanto a las sustancias incluidas directamente en las listas anexas de los correspondientes Tratados Internacionales, como las posteriormente incorporadas a ellas en el ámbito interno en virtud de las pertinentes órdenes ministeriales.

A la vista de cuanto se ha expuesto, parece claro que por “droga”⁷¹ debemos considerar a aquellas sustancias determinadas como tales en las listas que nos ofrecen los anexos I y II del Convenio de Viena de 1971. Ahora bien, existen resoluciones en las que se da un paso más, y para que una determinada sustancia pueda considerarse como objeto del delito del actual art 368 del Código Penal, se han precisado 2 exigencias:

1. Que la acción típica se haya ejecutado una vez que España haya ratificado los Convenios Internacionales que conceptúan esa sustancia como “droga”.
2. Que en el momento de ejecutarse el hecho esa sustancia se haya considerado normativamente como “droga”.

En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo⁷² tenemos un ejemplo, al proceder a la absolución en un caso de tráfico de

⁷² Sentencia Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1980 (Sala de lo Penal) - RJ_1980_1801- Ponente Excmo Sr: Luis Vivas Marzar

En resumen, la anfetamina, que según el Diccionario es una amina aromática simpatomimétrica constituida por sulfato de benzedrina que se usa en inhalaciones y pulverizaciones como estimulante de los sistemas nerviosos y cardiovascular para combatir los catarros y la congestión nasal y como estimulante psicológico, hasta el Convenio de Viena de 1971 no fue reputada sustancia psicotrópica, esto es, que actúa sobre el psiquismo ya como calmante o como estimulante; pero, suponiendo que psicotrópica equivalga a estupefaciente -lo que al fin y al cabo no consta a este Tribunal-, dado lo

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

anfetaminas ya que “la anfetamina, que según el Diccionario es una amina aromática simpatomimétrica constituida por sulfato de bencedrina que se usa en inhalaciones y pulverizaciones como estimulante de los sistemas nerviosos y cardiovascular para combatir los catarros y la congestión nasal y como estimulante psicológico, hasta el Convenio de Viena de 1971 no fue reputada sustancia psicotrópica, esto es, que actúa sobre el psiquismo ya como calmante o como estimulante; pero, suponiendo que psicotrópica equivalga a estupefaciente -lo que al fin y al cabo no consta a este Tribunal-, dado lo dispuesto en el art. 1-5 del C. Civ.”

Otro ejemplo en el que se valora este aspecto, es la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1995⁷³, en la que a pesar de la alegación del recurrente referida a la vulneración del principio de legalidad, la Sala expone que no existe tal vulneración ya que el “MDEA” sí se encontraba en el momento de los hechos incluida en las Listas del Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971.

dispuesto en el art. 1-5 del C. Civ. -«Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado»-, la anfetamina no pudo reputarse estupefaciente hasta el 10 septiembre 1976 en que se insertó en el citado Boletín del Convenio de Viena, y, mejor aún, y puesto que se omitió, como antes se han visto, la inserción de las oportunas Listas, hasta la vigencia del D. de 6 octubre 1977, en cuyo Anexo I, Lista II, con el núm. 1, figura la anfetamina.

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 80/1999 (Sala de lo Penal), de 27 de enero – RJ 1999/828– Ponente: Excmo. Sr Diego Antonio Ramos Gancedo:

hemos de recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8318), que, al abordar una supuesta infracción del principio de legalidad por condenar por la tenencia de unas pastillas que contenían como principio activo metilendioxietilamfetamina (MDEA) que, según el entonces recurrente, no se encontraba en las Listas del Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971, esta Sala rechazaba la censura «porque en noviembre de 1994, cuando ocurrieron los hechos de autos, sí estaba tal sustancia (MDEA) incluida en la Lista I del Convenio de Viena de 1971 sobre sustancias psicotrópicas, como lo acredita el contenido de la Orden Ministerial española de 19 de octubre de 1990, publicada en el BOE del 29 de dicho mes y año en sus páginas 31830 y siguientes, concretamente la sustancia de autos es la 2ª de las 3 que aparece en tal disposición administrativa, N-etil MDA o MDE, de fórmula (+-)-N-etil-alfa-metil-3,4 (metilenedioxi) fenetilamina» .

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

En la Sentencia del Tribunal Supremo 1224/2004, de 15 de diciembre, se analiza la nueva sustancia que ha accedido a la jurisprudencia: el GHB (gammahidrobutírico), vulgarmente conocido como «Extasis líquido», así como el GBL (gamma-butirolactona), sustancias que se hallan incluidas en la Lista IV de sustancias psicotrópicas del Convenio de Viena, desde marzo de 2001.

Dice la Sentencia que la referida sustancia, cuenta con estudios que indican que sus efectos en el sistema nervioso central la configuran como un gran depresor, que puede desencadenar extrapiramidalismos, concurriendo con cuadros de euforia, vértigos, somnolencia, confusión, ataxia y alucinaciones, náuseas, vómitos, hipotensión y bradicardia, pudiendo producir igualmente hipotermia y coma en dosis superiores a 50 mg/kilo, especialmente si se coadministra con otros depresores del sistema nervioso, en especial el alcohol.

Pues bien, en la referida sentencia, dictada tras obtenerse Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 9 de diciembre de 2004, se la considera sustancia que causa grave daño a la salud, y que, de conformidad con el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 13 de diciembre siguiente, se concretan los parámetros cuantitativos, respecto a su cualificación jurídica. Y que son los siguientes:

- Consumo diario estimado de GHB: desde los 4.200 mg hasta 21.000 mg, que es la cuantía máxima (es decir, 21 gramos).
- Cantidad de notoria importancia: 10.500 gramos, es decir, 500 dosis.

(Las citadas cantidades se refieren a la sustancia, en estado puro.)

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

La GBL es un precursor del GHB, transformándose en ésta cuando se mezcla con agua, lo que permite su ingesta, por lo que tiene la misma consideración que la sustancia denominada GHB.

Y sobre la vulneración del principio de legalidad en caso de sustancias conocidas recientemente, se pronuncia la **Sentencia núm. 429/2014 de 21 mayo**⁷⁴., en el presente caso al tratarse de Ketamina, según alega la defensa se trata de una sustancia que no fue introducida en la lista de sustancias prohibidas hasta octubre de 2010. La Sala II desestima el recurso interpuesto al considerar que la Sala de instancia no condenó precisamente por el tráfico de esa sustancia, reconociendo que

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 429/2014 (Sala de lo Penal), de 21 de mayo – (RJ 2014/3329)– Ponente: Excmo. Sr Andrés Palomo del Arco:

Alega que la ketamina, sustancia que le fue ocupada en su detención, no fue introducida en la lista de sustancias prohibidas hasta octubre de 2010, por lo que se ha vulnerado el principio de legalidad al condenar la acusado por traficar con sustancia no sometida a fiscalización.

Efectivamente, dicha sustancia ha sido incluida en la lista de sustancias fiscalizadas, cuando el Boletín Oficial del Estado del pasado 21 de octubre de 2010, publicaba la Orden SAS/2712/2010 de 13 de octubre por la que se incluye la sustancia Ketamina en el Anexo I del Real Decreto 2819/1977, de 6 de octubre por el que se regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópico; y por tanto es a partir de esa fecha la consideración de productos sometido a control de estupefacientes (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 221/2011, de 29 de marzo (RJ 2011, 3035)).

El motivo tal como viene formulado debe ser necesariamente desestimado; pues la sentencia recurrida expresamente indica que la ketamina "no adquirió la consideración de producto sometido a control sino a partir de una fecha posterior a la que ocurrieron los hechos que así se enjuician"; y por tanto no condena por el tráfico de la misma, aunque la cantidad que le fue ocupada de esa sustancia, junto al resto de efectos y sustancias intervenidas, sirva para inferir, que se dedicaba al tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud.

Tanto más cuando la ketamina conforme resulta de múltiples ejemplos en diversas resoluciones jurisprudenciales, es utilizada habitualmente para el corte de la cocaína, sin perjuicio de sus efectos alucinógenos propios (ATS 1218/2010, de 10 de junio (JUR 2010, 256503) ; SAP, Madrid sección 7ª, núm. 56/2013 de 10 de mayo (ARP 2013, 669) -; AAP Murcia sección 3ª, núm. 444/2010, de 20 de septiembre (JUR 2010, 354785) ; SAP Logroño núm. 149/2006, de 8 de septiembre (JUR 2007, 251966))

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

efectivamente la Ketamina en el momento de producirse los hechos no estaba incluida en las listas de sustancias fiscalizadas.

Otro aspecto que puede señalarse, y así lo hace la Sentencia del Tribunal Supremo 24 de septiembre de 2013⁷⁵ es que no cabe condenar por el delito del art. 368 del CP, si al tiempo de los hechos la sustancia objeto de tráfico no había sido aún incluida en la lista correspondiente: "en todo caso la jurisprudencia más sensible a las exigencias constitucionales del principio de legalidad viene expuesta en la STS de 29 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3035) , cuando dice, para el caso de que no conste si lo que fue objeto de tráfico era ketamina u otra sustancia: La consideración más favorable, la entrega de ketamina, supondría la absolución de los acusados al no estar sometida a la restricciones de tráfico por no estar incluidas en las listas de restricción y de comercio prohibido".

C. DROGAS QUE CAUSAN GRAVE DAÑO A LA SALUD Y DROGAS QUE NO CAUSAN GRAVE DAÑO A LA SALUD.

Que las sustancias con las que se promueva, favorezca o facilite el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, se clasifiquen como sustancias o productos que causan grave daño a la salud o no es de importancia capital a la hora de penar

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 713/2013 de 24 septiembre. (RJ 2013\6847); Ponente: Excmo. Sr. Luciano Varela Castro:

Desde esa perspectiva hemos venido interpretando que nuestro sistema jurídico no ofrece un concepto jurídico penal de droga y sigue un criterio enumerativo por remisión a los Convenios Internacionales suscritos por España y publicados en el Boletín Oficial del Estado – art. 96 de la Constitución – utilizando el sistema de listas o la determinación por Orden Ministerial del Departamento de Sanidad y Consumo que califica una concreta sustancia de psicotrópica o estupefaciente (STS 378/2006 de 31 de marzo (RJ 2006, 2324)). Por ello la norma del artículo 368 del Código Penal ha de integrarse por remisión a esas disposiciones extrapenales, sin que puedan considerarse típica, sin quebranto del principio de legalidad, los comportamientos en aquella norma penal definidos por el mero hecho de que la sustancia se considere tóxica. Basta recordar a tal efecto los ejemplos del tabaco o el alcohol

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

dicho delito, pues conforme al artículo 368 en el primer caso, es decir que causen grave daño a la salud, la pena a imponer es de «penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito» y en caso contrario de «prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo».

Desde que en 1928 se introdujo un precepto específicamente dedicado al tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes, «el legislador nacional había renunciado a diferenciar entre los distintos tipos de sustancias que encajaban en tan amplia expresión. La reforma del artículo en 1971 que, guiada por las directrices internacionales acentuó el carácter represivo e incrementó la duración de las penas, optó asimismo por la indiferenciación. En principio trataba todas las drogas (heroína, morfina, cocaína, cannabis...), cuyos efectos sobre la salud son de muy diferente intensidad y consecuencias, por el mismo rasero. Tal vez por la dificultad en el hallazgo de un criterio de diferenciación, o tal vez por el ciego fanatismo de reprimir duramente el tráfico de «drogas» sin distinción de ningún tipo según aquel precepto la pena de seis meses y un día de prisión menor a veinte años de privación de libertad y multa era igualmente aplicable a todo tipo de droga⁷⁶. Sin embargo, en varias sentencias el Tribunal Supremo tuvo en cuenta la naturaleza blanda de las drogas a efectos de la degradación de la pena establecida en el párrafo 3.º del artículo 344, pero tal diferenciación era facultad del Tribunal, de la que podía o no hacer uso. Pero tras la reforma de 1983, la distinción entre drogas gravemente nocivas a la salud y drogas de escasa peligrosidad ya no es facultativa, sino de obligado cumplimiento. La mayor dificultad estriba en que ha de entenderse por «sustancias o productos que causan grave daño a la salud» y «en los demás casos», qué sustancias entran en una u otra categoría, dificultad que ya puso de manifiesto la Circular de 1

⁷⁶ PRIETO RODRÍGUEZ, J. I: El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico español, Aranzadi, 1993, pág. 190

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

de julio de 1983, de la Fiscalía General del Estado sobre la Ley de reforma del Código Penal de 1983, al indicar «la notoria dificultad que ocasiona la distinción entre sustancias que causan grave daño a la salud y aquellas comprendidas en los demás casos. En primer lugar, una interpretación que atienda el bien jurídico en este delito -salud pública- obliga a reducir los casos comprendidos bajo este segundo supuesto a las sustancias que puedan causar algún daño al bien jurídico protegido, quedando excluidas aquellas otras inocuas e ineficaces en el ataque a la salud pública. En segundo lugar, la apreciación de los supuestos comprendidos en "grave daño a la salud" ofrece dificultades, ya suficientemente resaltadas por la doctrina, que ha estudiado la redacción de este precepto bajo la fórmula establecida en el P.C.P. 1980... deberá proponerse la práctica de la oportuna prueba pericial que ayudará a determinar la existencia de tal extremo del perjuicio grave a la salud».

La jurisprudencia a la hora de encuadrar las diversas sustancias en uno u otro grupo ha valorado como criterios determinantes la dependencia del consumidor, el riesgo de tolerancia, la posibilidad de que el abuso conduzca a alteraciones del comportamiento o a una grave afectación psíquica o neurológica. La dificultad de clasificar las drogas en función de la repercusión que tienen sobre el consumidor estriba en que ésta depende tanto de las características de la sustancia como de la cantidad utilizada, la vía de administración, de las características del usuario y del entorno social en que se consume. Se han establecido una serie de criterios de peligrosidad relativos al efecto sobre el comportamiento y la creación de dependencia y de la toxicidad sobre el organismo⁷⁷.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 8-6-92 (RJ 1992, 5041); 24-1-95 (RJ 1995, 161); 29-1 (RJ 1998,386 5041) y 2-2-98 (RJ 1998, 1736); 24-7-2000 (RJ 2000, 7121) y entre otras muchas, las cuales ponen de manifiesto "que a los efectos de tal distinción (drogas duras y drogas blandas), no ha de atenderse a la mayor o menor cantidad y pureza, de suerte que esas notas solo entran en juego a los efectos del subtipo agravado del actual número 3 del artículo 369 del C. Penal. Así, en principio se pueden considerar como sustancias que causan grave perjuicio a a la salud las que: 1)originen tolerancia, es decir tendencia

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

La jurisprudencia es la encargada de ir delimitando si una droga causa mayor o menor daño a la salud, concepto jurídico indeterminado, como lo ha calificado la **Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1991**⁷⁸ que habrá de ser dotado de significado a partir de criterios médicos.

Antes, la Fiscalía General del Estado⁷⁹, basándose en los criterios establecidos previamente por algunas resoluciones del Tribunal Supremo, había establecido unos parámetros de distinción entre lo que debíamos entender como sustancias que causan grave daño a la salud y aquellas que no. Para ello distingue lo siguiente:

“Sustancias que causan grave daño a la salud y Sustancias que no causan grave daño a la salud Es elemento fundamental para la concreción del tipo básico la naturaleza de las sustancias. Si los actos de tráfico tienen por objeto «sustancias que causen grave daño a la salud», la pena asignada es prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas; «en los demás casos» la pena procedente es arresto mayor. El artículo 344 no contiene especificación alguna, pero, como declara la sentencia de 12 de

a aumentar la dosis; 2) produzcan la dependencia física y/o psíquica; 3) produzcan un deterioro grave en el organismo humano”.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 23 octubre 1991 - RJ 1991\7354- Ponente: Excmo. Sr. D. José Hermenegildo Moyna Mengües

Las listas anejas al Convenio Unico de las Naciones Unidas de 1961 y las insertas en el Convenio de Viena de 1971 se limitan a enumerar las sustancias que deben ser consideradas -respectivamente- como estupefacientes y psicotrópicos, pero sin jerarquizarlas en orden a su mayor o menor incidencia en la salud humana; y ha tenido que ser la jurisprudencia de esta Sala, en la necesidad de dar contenido al concepto indeterminado del art. 344 del Código Penal, la que ha intentado precisar la ambigua categoría de «sustancias o productos que causen grave daño a la salud» con sujeción a criterios objetivos que, esencialmente, han sido la dependencia del consumidor, la progresiva exigencia de mayores dosis -tolerancia-, y la posibilidad de que el abuso conduzca a significativas alteraciones del comportamiento o a una grave afectación psíquica o neuropsicológica.

⁷⁹ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1984 sobre interpretación del A. art. 344 del Código Penal.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

marzo de 1984, las expresiones típicas se corresponden con las denominadas en lenguaje común drogas «duras y blandas», concepción que en cada caso calificarán los Tribunales a tenor de los dictámenes científicos, experiencia de sus efectos sobre la salud de las personas afectas por su consumo y de las listas anexas al Convenio de 1961. Aun cuando en el anterior artículo 344 la pena era única y por tanto proporcionada a la calidad de la sustancia estupefaciente, es lo cierto que los Tribunales aplicaban el párrafo tercero para rebajar la pena en los supuestos de drogas cuyos efectos eran menos graves; así, el arbitrio en sentido positivo estaba determinado por la calidad y condición de las sustancias estupefacientes en su nocividad intrínseca (Sentencias de 4-4-1975, 1-4-1977, 13-3-1979, 6-11-1982), reputándose por ejemplo, el hachís droga menos dañina y perniciosa a la salud humana que la heroína o el L.S.D., sustancias de muchos y más perjudiciales efectos (Sentencia de 13-6-1977).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en la interpretación del actual artículo 344 mantiene una línea uniforme cuando se trata de apreciar los estupefacientes o psicotrópicos que deben incluirse en una u otra categoría.

Todos los derivados del cannabis se han reputado sustancias cuyo consumo no causa un grave daño a la salud. Así el hachís está considerado como perjudicial para la salud, sin grave daño, en las sentencias de 4-10-1983, 7-11-1983, 10-11-1983, 16-11-1983, 21-11-1983, 30-11-1983, 2-12-1983, 3-12-1983, 2-1-1984, 16-1-1984, 17-1-1984, 18-1-1984, 24-1-1984, 26-1-1984, 31-1-1984, 6-2-1984, 11-2-1984, 20-2-1984, 23-2-1984, 9-3-1984, 12-3-1984, 13-3-1984, 20-3-1984, 28-3-1984. Lo mismo el aceite de hachís (Sentencias de 4-10-1983, 7-11-1983 y 20-2-1984), las

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

semillas de cannabis (Sentencia de 24-1-1984) y las plantas (Sentencia de 3-12-1983).

Sin excepciones, la heroína es considerada como sustancia que ocasiona grave daño a la salud (Sentencias de 29-10-1983, 15-12-1983, 26-12-1983, 23-2-1984, 24-2-1984, 5-3-1984 y 17-3-1984). Igual calificativo han merecido la cocaína (Sentencias de 25-10-1983, 11-11-1983, 13-3-1984 y 23-3-1984) y el ácido lisérgico o L.S.D. (Sentencias de 5-10-1983 y 8-2-1984), porque ocasiona daños mentales e incluso genéticos a sus adictos (Sentencia de 20-12-1983).”

Los criterios jurisprudenciales tenidos en consideración para determinar si una droga causa mayor o menor daño a la salud vienen recogidos -entre otras muchas- en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1994⁸⁰: «la mayor nocividad de las llamadas "drogas duras", se caracteriza por los siguientes efectos: produce tolerancia, es decir, mayor dosificación, en su uso continuado para conseguir similares efectos; ocasionan dependencia o adicción física y psíquica; la letalidad del producto con bajas dosis, de modo que el uso inadecuado o abusivo pueda producir, incluso por accidente, la muerte por sobredosis».

A sensu contrario, se debería afirmar que las «drogas blandas» serían aquéllas que no produzcan tolerancia, ni dependencia o adicción física o psíquica, ni sean letales en bajas dosis. Ahora bien, estas características que por deducción se han extraído de las drogas blandas han de ser interpretadas a la luz del concepto de droga tóxica de la Organización Mundial de la Salud, exigiéndose desde él que produzcan tolerancia y dependencia o adicción física o psíquica pues, de otra forma, no entrarían dentro del propio concepto de «drogas tóxicas» y, por tanto, no podrían poner en peligro al bien jurídico protegido salud pública. De

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 12 de diciembre de 1994 (RJ 1995/679); Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Mórner Muñoz

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

esta forma, podrá entender por droga blanda aquella que produce una afección al bien jurídico protegido en menor medida que las drogas duras y, por lo menos, en mayor medida que las drogas legales (alcohol, tabaco): desde esta perspectiva, como se afirmó anteriormente, no debería ser típico el tráfico de sustancias como el hachís que no causa más daño a la salud que las drogas de curso legal -como el tabaco.

Es pues, su composición intrínseca y las reacciones y secuelas que produce en el organismo humano lo que determina la gravedad para la salud de una sustancia (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1996⁸¹. En este sentido, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1996⁸²: «así nadie discute el efecto desintegrador de la personalidad que producen por ejemplo sustancias como la cocaína y la heroína, pero deben valorarse y ponderarse caso por caso las denominadas sustancias psicotrópicas que en ocasiones ha sido dicho se encuentran incorporadas a los productos farmacéuticos».

La jurisprudencia ha considerado como sustancias que causan grave daño a la salud las siguientes: la cocaína (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2002); la heroína (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1999); LSD (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2000); las anfetaminas y derivados (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2002), como el MDMA o éxtasis (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2002); la dexedrina (Sentencia del Tribunal Supremo 25 de marzo de 1996); el speed (STribunal Supremo de 18 de diciembre de 1996); el etil-MDA (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1991); el crack (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1991); la mescalina (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1993); la morfina (Sentencia del

⁸¹ (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 20 de marzo de 1996⁸¹ (RJ 1996/2461); Ponente: Excmo. Sr. Ramón Montero Fernández-Cid

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 10/1996 de 12 de enero de 1996⁸² (RJ 1996/73); Ponente: Excmo. Sr. José Augusto de Vega Ruiz

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Tribunal Supremo de 12 de enero de 1996) y otros preparados farmacéuticos que contengan en su composición un principio activo incluido como sustancia psicotrópica en las listas del Convenio Único, cuya lesividad para el bien jurídico protegido deriva, no del uso, sino del abuso (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1996).

El buprex, preparado que contiene bupremorfina, en ocasiones se ha considerado como sustancia que causa grave daños a la salud (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1993) y en otras como sustancia que no causa grave daños a la salud (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1992). Por otro lado, ha existido un cambio de criterio jurisprudencial respecto del Rophinol, preparado que tiene como sustancia activa el flunitrazepan y que se calificaba como sustancia que causa grave daño a la salud, que actualmente se integra entre las sustancias que no causan grave daño a la salud (Pleno de la Sala Segunda de 23 de marzo de 1998).

Como sustancia que no causa grave daño a la salud, solamente se viene considerando el cannabis y todos sus derivados (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2002), frente a los estudios médicos que cuestionan su nocividad para la salud y pese a estar incluida en las Listas I y IV del Convenio Único sobre estupefacientes firmado en Nueva Cork (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2001).

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo 1224/2004⁸³, considera que las sustancias mencionadas poseen todas las notas y características para apreciar que se trata de drogas o sustancias que causan grave daño a la salud, ya que esa calificación, recordando la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo 1486/1999, de 25 de octubre, se otorga a aquellas en las que concurren los cuatro criterios que los protocolos internacionales emplean para dicha calificación: su

⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1224/2004 de 15 diciembre. (RJ 2004\8250); Ponente: Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

lesividad para la salud; el nivel de dependencia que crean en el consumidor; el número de fallecimientos que provoca su intoxicación y el grado de tolerancia.

Se fundamenta la calificación, en el Informe del INT referido, en el cual se afirma que en dosis de 50-70 mg/kg, que serían 3.500-4.900 mg para una persona de 70 kilos --como se ve, dosis inferiores a las estimadas de consumo diario--, se puede llegar al coma, hipotonía muscular, bradicardia, crisis de apnea, etc., pudiéndose producir fenómenos tanto de dependencia física como tolerancia, habiéndose documentado casos fatales, sobre todo, cuando se mezcla con el alcohol.

II. - RELEVANCIA PENAL DE LA CANTIDAD DE DROGA

II.1.- EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA

E. EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA EN EL TRÁFICO DE DROGAS

F. LA DOSIS MÍNIMA PSICOACTIVA COMO PRESUPUESTO OBJETIVO PARA LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO PUNITIVO EN EL TRÁFICO DE DROGAS.

G. REACCIONES EN TORNO A UNA TEORÍA JURISPRUDENCIAL BASADA EN LA DOSIS MÍNIMA PSICOACTIVA.

H. UN NUEVO INTENTO DE NUEVA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA A TRAVÉS DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 25 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE APRUEBA EL CÓDIGO PENAL

II.2- POSESIÓN Y AUTOCONSUMO

E. CONCEPTO

F. CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS A LA DROGA OCUPADA: SU CANTIDAD, VARIEDAD, PUREZA Y PRESENTACIÓN

G. CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS AL POSEEDOR

H. CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS A LA OCUPACIÓN

II.3- CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DEL NUEVO TIPO ATENUADO PREVISTO EN EL ART. 368 PÁRRAFO 2º DEL CÓDIGO PENAL.

D. ORIGEN Y MOTIVACIÓN DE LA REFORMA

E. REQUISITOS PARA SU APRECIACIÓN

i. ESCASA ENTIDAD DEL HECHO

ii. REFERENCIA A LA NOTORIA IMPORTANCIA (ART. 369.5)

F. CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL CULPABLE

i. ESPECIAL REFERENCIA A LA REINCIDENCIA

ii. RESUMEN DE LOS PARÁMETROS EXIGIDOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO PARA LA APRECIACIÓN DEL SUBTIPO ATENUADO

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

*iii. SOBRE LA CONCURRENCIA DE
ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE ESCASA ENTIDAD Y
CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL CULPABLE*

II.4- LA AGRAVANTE DE “IMPORTANCIA NOTORIA”

1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

*E. CUANTIFICACIÓN DE LA NOTORIEDAD EN EL
TRÁFICO DE DROGAS*

*i. EXCLUSIÓN DE LAS SUSTANCIAS
INOCUAS*

*ii. ESPECIAL REFERENCIA A LOS
DERIVADOS CANNÁBICOS*

iii. PLURALIDAD DE SUJETOS

*iv. REDUCCIÓN DE LA CANTIDAD
DESTINADA A AUTOCONSUMO*

*F. SUSTANCIAS NO INCLUIDAS EN LA TABLAS DEL
ACUERDO DEL PLENO DE 21 DE OCTUBRE DE 2001.*

*G. RELEVANCIA PENAL DE LOS INFORMES PERICIALES
EN EL TRÁFICO DE DROGAS*

*i. LA VARIACIÓN DE LOS MARGENES
DE ERROR*

*ii. INEXISTENCIA DE ANÁLISIS
PERICIALES*

*iii. SUPUESTOS DE AUSENCIA DE
APREHENSIÓN DE DROGAS*

**II.5- LA HIPERAGRAVACIÓN DE “GRAVEDAD
EXTREMA”**

E. GENERALIDADES

F. REQUISITOS PARA SU APRECIACIÓN. EVOLUCIÓN

G. CRITERIO JURISPRUDENCIAL ACTUAL

H. LÍMITES SUBJETIVOS EN SU APLICACIÓN

II.1- EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA

A. EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA EN EL TRÁFICO DE DROGAS

El art. 368 Código Penal no establece cuantía mínima en la cantidad de droga para poder hablar de delito de tráfico de drogas. Ello implicaría en principio, que todo acto de promoción de cualquier cantidad de droga debería permitir su punición, pero lo cierto es que la jurisprudencia – no sin ciertas reticencias y profundas discusiones doctrinales - ha considerado que para determinar que nos encontramos ante el delito de tráfico de drogas, es necesario que se haya vulnerado el bien jurídico protegido salud pública, para lo cual es preciso que la sustancia objeto de la conducta antijurídica tenga una potencialidad mínimamente tóxica, situación que no se da cuando por la extrema nimiedad o desnaturalización de la sustancia, no existe lesión del bien jurídico, pues no afecta a la salud.

En palabras del propio Tribunal Supremo⁸⁴, “el delito contra la salud pública no protege exclusivamente la salud del destinatario o adquirente (consumidor o drogodependiente), como sucede en los delitos de lesiones o contra la integridad física del sujeto pasivo del delito, aunque no se pueda dejar de tener en cuenta que la salud pública de la colectividad está formada por la salud de cada uno de sus componentes, de modo que la afectación a su propia salud, conforma la de la colectividad. Y aunque este ataque no tiene que ser real o efectivo, sino que basta con que sea potencial, sin embargo, en todo caso, tiene que incidir materialmente en

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 890/2014 (Sala de lo Penal), de 23 de diciembre (RJ 6645/2012); Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

tal salud, al punto que la sustancia con la que se agrede tiene que tener condiciones de afectarla. **De modo que cuando la sustancia con la que se trafique sea de tan ínfima entidad cuantitativa que no pueda en modo alguno afectar a la salud del destinatario o adquirente de la sustancia no existirá agresión a la salud pública que es el bien esencialmente protegido en estas figuras delictivas.”**

El principio de insignificancia, como manifestación del principio de intervención mínima en derecho penal, ha sido aplicado, más bien poco por el Tribunal Supremo, haciéndolo sólo en determinados tipos delictivos, siendo frecuente su aplicación en los delitos contra la salud pública «cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo⁸⁵». En análogo sentido asociándolo con una

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1081/2009 (Sala de lo Penal), de 11 de diciembre (RJ 7882/2011); Ponente: Excmo Sr. Juan Ramón Verdugo y Gómez de la Torre.

Esta doctrina se ha aplicado ocasionalmente en supuestos de tráfico, como señala la sentencia de 11 de diciembre de 2000, núm. 1889/2000 (RJ 2000, 10149) , "esta Sala Segunda viene también declarando, incluso en casos de tráfico, que cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo".

En definitiva la eliminación de la tipicidad del hecho en los casos de muy reducida cantidad de la droga objeto de tráfico ha sido apoyada en el argumento, de que hechos de esta naturaleza carecen de antijuridicidad material y que, en consecuencia, no constituyen delito (ver: SSentencia del Tribunal Supremo 1370/2001 (RJ 2001, 7040) ; 1889/2000 (RJ 2000, 10149) ; 1716/2002 (RJ 2003, 7321) ; 977/2003 (RJ 2003, 5914) ; 1067/2003 (RJ 2003, 5966) ; 1621/2003 (RJ 2004, 1085)), argumento que ha sido completado en ocasiones haciendo referencia a la incapacidad del hecho para afectar la salud pública, dada la imposibilidad de generar con tan poca cantidad de droga un peligro para la salud pública (ver: SSentencia del Tribunal Supremo 772/1996 (RJ 1996, 8569) ; 33/1997 (RJ 1997, 1271) ; 977/2003; 1067/2003). Ambos puntos de vista tienen a su favor que el resultado al que conducen es político criminalmente sostenible, pues evita la imposición de una pena mínima que es generalmente considerada como superior al merecimiento concreto de sanción de los casos en los que la cantidad de droga traficada se reduce a una dosis de menor significación.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

idea cuantitativa de lesión, se pronuncia la Sentencia núm. 640/2009 de 10 junio, al expresar que la **«nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada determina que ésta carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal»**.

Cuando se vincula el principio de intervención mínima con el principio de insignificancia, el propio Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 374/2011 de 10 mayo⁸⁶ otorga carta de naturaleza a dicho principio

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 374/2011 (Sala de lo Penal), de 10 de mayo (RJ 2011/3741); Ponente: Excmo Sr. Joaquín Giménez García:

En relación al "principio de insignificancia", hay que recordar que la falta de tipicidad penal de la acción puede tener un doble origen:

a) Cuando la acción enjuiciada no aparece descrita en el tipo penal, es decir, no es típica y

b) Cuando, aún apareciendo normalmente incluida en aquella descripción, una motivada interpretación restrictiva de la norma en sintonía con el principio de mínima intervención, la excluya por no quedar suficientemente afectado bien jurídico alguno, ya que en definitiva sólo el ataque a este justificaría la descripción de la acción típica. En tal sentido se refiere la doctrina científica a causas de exclusión de la tipicidad que no son equivalentes a las causas de justificación porque estos descansan sobre la existencia de una acción típica. Así se habla en tales casos de falta de imputación objetiva por no ser imputable su lesión a conducta suficientemente peligrosa, o referirse a supuestos de hechos adecuados socialmente, o por ser insignificantes, principio de insignificancia que tiene especial relevancia en materia de tráfico de drogas. En el fondo subyace la reflexión que el delito no es sólo la desobediencia a la Ley sino el ataque a un bien jurídico, y por tanto una acción que lesiona o pone en peligro a personas, bienes o instituciones con proyección en los delitos de peligro abstracto como ocurre en el delito de tráfico de drogas. Es decir, la respuesta penal solo se justificaría en virtud del "principio de lesividad", siendo precisamente esta lesividad, en su doble acepción de lesividad en sentido estricto o en sentido amplio por constituir una puesta en peligro para el bien jurídico, la que debe ser tomada en cuenta por el legislador al definir los tipos legales.

El delito contra la salud pública concretado en el tráfico de drogas, se define como delito de peligro abstracto de resultado cortado y consumación anticipada, que en la descripción legal que tiene en nuestro derecho, ofrece como característica muy acusada que determinados elementos normativos del tipo, no han sido definidos legislativamente, sino que por opción del legislador han sido reenviados a la jurisdicción para que sea esta quien los defina. En tal sentido, y por referirnos al más característico, la ley no define qué drogas han de ser calificadas como drogas que causan grave daño a la salud y cuales no, extremo de capital importancia por las consecuencias punitivas que ello entraña.

Si esto es así, y evidentemente lo es de manera pacífica tanto en sede doctrinal como jurisprudencial, igual legitimidad tiene el intérprete y aplicador judicial de la

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

norma para determinar cuando la sustancia transmitida tiene la naturaleza penal de droga en atención al resultado de la analítica del producto, sin que la peligrosidad de la conducta enjuiciada --la venta de una papelina con una insignificante cantidad de droga-- pueda llenar el vacío de la transmisión de algo que no merece ser calificado penalmente como droga, ni por tanto tiene la aptitud potencial de poner en peligro el bien jurídico de la salud pública, aunque formalmente se ejecute la acción descrita en el tipo.

La jurisprudencia de esta Sala recoge sentencias que se hacen eco de una y otra doctrina, si bien son más numerosas las que se hacen eco del principio de insignificancia siempre en un análisis caso a caso porque todo enjuiciamiento es una actividad esencialmente individualizada.

Entre otras se pueden citar las siguientes Sentencia del Tribunal Supremo:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Septiembre de 1994 (RJ 1994, 7204) - transmisión de dos papelinas de 0'05 gramos de heroína y otra de 0'04.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Octubre de 1996 - idem de 0'06 gramos de heroína.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Enero de 1997 - idem de 0'02 gramos de heroína.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Diciembre de 2000 (RJ 2000, 10149) - idem de 0'02 gramos de crack
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Julio de 2001 - idem de 0'02 gramos de cocaína.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1441/00 de 22 de Septiembre - idem de 0'03 gramos de heroína, más 0'1 de cocaína.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1889/00 de 11 de Diciembre - idem de 0'02 gramos de cocaína.
- Sentencia del Tribunal Supremo 216/2002 de 11 de Mayo (RJ 2002, 4737) - idem de 0'43 gramos de heroína al 8'4% de concentración, equivalente a 0'036.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1572/02 de 30 de Septiembre - idem de 0'020 gramos de cocaína.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1829/02 de 31 de Octubre - idem de 214 pastillas que contienen "trazas" de MDMA.
- Sentencia del Tribunal Supremo 943/03 de 25 de Junio (RJ 2003, 5382) - idem de 0'06 gramos de heroína.
- Sentencia del Tribunal Supremo 611/2006 - idem de 7 comprimidos de MDMA sin concentración.
- Sentencia del Tribunal Supremo 343/2010 - idem de 37 miligramos de cocaína.
- Sentencia del Tribunal Supremo 486/2010 (RJ 2010, 5816) y sentencia de 15/2011 (RJ 2011, 319) , ambas transmisión de cocaína en cantidad inferior a 50 miligramos.

Asimismo hay que recordar que esta doctrina jurisprudencial, tuvo su origen en el Pleno no Jurisdiccional de 24 de Enero de 2003 , que acordó solicitar del Instituto Nacional de Toxicología informe dirigido a precisar la cuantía mínima de droga con valor de principio activo con el fin de armonizar la doctrina de la Sala, siendo la respuesta del Instituto Nacional de Toxicología -INT- que en relación a la

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

como criterio interpretativo de carácter restrictivo, vinculándolo con la lesividad al bien jurídico:

“En relación al «principio de insignificancia», hay que recordar que la falta de tipicidad penal de la acción puede tener un doble origen:

a) Cuando la acción enjuiciada no aparece descrita en el tipo penal, es decir, no es típica y

b) Cuando, aún apareciendo normalmente incluida en aquella descripción, una motivada interpretación restrictiva de la norma en sintonía con el principio de mínima intervención la excluya por no quedar suficientemente afectado bien jurídico alguno, ya que en definitiva sólo el ataque a este justificaría la descripción de la acción típica. En tal sentido se refiere la doctrina científica a causas de exclusión de la tipicidad que no son equivalentes a las causas de justificación porque estos descansan sobre la existencia de una acción típica.”

La Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de manera muy reiterada sobre todo a partir del año 1993, había venido considerando la inexistencia de delito en supuestos muy excepcionales, en los que deberían concurrir determinadas circunstancias, señalándose

cocaína , dicho principio activo opera a partir de los cincuenta miligramos , (0,05 gramos), criterio que fue el aceptado por la Sala y recogido en el Pleno no Jurisdiccional de 3 de Febrero de 2005 (JUR 2005, 73174) en el que se tomó el acuerdo de "...continuar manteniendo el criterio del INT relativo a las dosis mínimas psico-activas, hasta tanto se produzca una reforma legal o no adopte otro criterio o alternativa....".

Pues bien, en el presente caso el recurrente vendió una papelina de cocaína que tras su análisis resultó que pesaba 0,89 gramos siendo su concentración en cocaína del 39'41 %, por lo que la cocaína neta era de 0,35 gramos equivalente a 350 miligramos , cantidad claramente superior a los expresados cincuenta miligramos, por lo que no puede operar el principio de insignificancia.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

particularmente las siguientes, a las que nos referiremos de forma más amplia más adelante:

1) El suministro de drogas a una persona allegada para aliviar de inmediato un síndrome de abstinencia; para evitar los riesgos de un consumo clandestino en malas condiciones de salubridad; para procurar su gradual deshabitación, o en situaciones similares.

2) La adquisición de droga por un grupo de personas ya iniciadas en el consumo de cantidades menores para una ocasión determinada, o el hecho mismo de su consumo compartido en tales circunstancias.

3) Los supuestos de convivencia entre varias personas ya drogadictas (cónyuges, amigos, padres o hijos,) en que alguno de ellos proporciona droga a otro, produciéndose también un consumo compartido.

4) Aquellos casos en que por la mínima cantidad de la droga o su ínfima pureza, se hayan cedido a título gratuito dosis pequeñas, entre adictos, si se ha evidenciado que no ha existido riesgo alguno de expansión en el consumo ilícito de esta clase de sustancia (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo 9 y 22 de septiembre de 2000 y 11 de mayo de 2002).

Sin embargo una **Sentencia de 28 de octubre de 1996**⁸⁷ había venido anunciando lo que más tarde comportaría la “aplicación

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 772/1996 (Sala de lo Penal), de 18 de octubre (RJ 1996/8569); Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón.

Es la jurisprudencia de esta misma Sala la que desde antiguo ha establecido criterios interpretativos tendentes a limitar la excesiva amplitud con que se describe la conducta típica. Inicialmente a través de la doctrina jurisprudencial de la impunidad de la tenencia o posesión de droga cuando no esté acreditado su destino al tráfico (SSentencia del Tribunal Supremo 31 octubre 1973 [RJ 1973\4008] o 28 abril 1995 [RJ 1995\2877]), dada la atipicidad del autoconsumo. Más modernamente excluyendo determinados supuestos de donación al familiar adicto (Sentencias 12 septiembre 1994 [RJ 1994\7204] y 12 enero 1995), de donación o invitación entre adictos (Sentencias de 2 noviembre y 18 diciembre 1992 [RJ 1992\8866 y RJ 1992\10446], 22 febrero, 25 marzo, 14 abril y 3 junio 1993 [RJ 1993\1488, RJ 1993\2551, RJ 1993\3264 y RJ 1993\4801], 9 febrero, 16 marzo, 27 mayo y 17 junio 1994 [RJ 1994\685, RJ 1994\2324, RJ 1994\4498 y RJ 1994\5174], 1 julio y 25 septiembre 1995 [RJ 1995\5374 y RJ 1995\6745] o 5

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

indiscriminada⁸⁸ del principio de insignificancia: la indicada resolución, tras afirmar que la cantidad de 0,6 g de heroína cancelaba prácticamente sus posibilidades de difusión, al quedar por su insignificancia por debajo de los umbrales mínimos de intervención del Derecho punitivo excluyendo con ello la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido, concluía sentando que «el ámbito objetivo del tipo no puede ampliarse de

febrero 1996 [RJ 1996\793]), o de consumo compartido (27 enero, 28 marzo y 23 mayo 1995 [RJ 1995\681, RJ 1995\2246 y RJ 1995\3912]), en base a consideraciones que parten del principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos. Cuando la conducta no es idónea para lesionar ni generar un riesgo mínimamente relevante para el bien jurídico protegido, no existe en ella contenido alguno de antijuridicidad material, por lo que no puede ser penalmente sancionada.

En el caso actual la conducta enjuiciada queda por debajo de los umbrales mínimos de intervención del Derecho Punitivo, dada su insignificancia. Como en un caso similar señalaba la Sentencia de esta misma Sala de 25 enero 1996 (RJ 1996\296), una cantidad tan mínima de droga (0,06 gramos, inferior a la décima parte de un gramo), «prácticamente cancela sus posibilidades de difusión», pudiendo excluirse la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido. Si el legislador ha considerado que este tipo delictivo es un delito contra la salud pública «es indudable que su voluntad sólo será respetada en la medida en que la rúbrica de la ley no sea soslayada» (Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2.^a de 27 mayo 1994 [RJ 1994\4498]), por lo que es preciso que el peligro para la salud pública, como riesgo efectivo de futura lesión de dicho bien jurídico «se encuentre realmente presente en la acción para que ésta incluya en si el contenido de antijuridicidad material y la adecuación al tipo necesario para su ilicitud penal» (Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2.^a de 29 mayo 1993 [RJ 1993\4282]). Y, en el presente caso, como se ha expresado, la cantidad de droga ocupada es tan insignificante que no puede considerarse siquiera como idónea para producir los efectos propios de una dosis normal, siendo prácticamente diez veces inferior a una única dosis ordinaria.

El ámbito objetivo del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal.

En los supuestos en que se aprecia clara desproporción entre la pena asignada al tipo y la entidad de la conducta enjuiciada y antes de plantearse el recurso al Poder Ejecutivo a través de la vía a que se refiere el artículo 2.2 del Código Penal (hoy artículo 9.3 del Nuevo Código [RCL 1995\3170 y RCL 1996\777]), es preciso constatar si la desproporción apreciada, más que a un defecto del legislador, se debe a un error de subsunción subsanable en el propio ámbito del Poder Judicial a través de una interpretación del tipo sujeta al fundamento material de su incriminación.

⁸⁸ En este Sentido se expresa SEQUEROS SAZATORNIL en El principio de insignificancia y su irrelevancia en el tráfico ilegal de drogas: análisis del “injusto de bagatela”; Diario LA LEY núm. 5927, de 7 de enero de 2004.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a su protección penal».

El fundamento del principio de insignificancia de acuerdo con esta doctrina jurisprudencial residía en el hecho de que faltando el objeto del delito, por su ausencia de idoneidad, difícilmente podrían cubrirse los condicionamientos y presupuestos objetivos del tipo y en consecuencia ponerse en riesgo la salud pública. En efecto, si la droga por su extremada desnaturalización cualitativa - hasta el punto de no poderse considerar droga por no ostentar sus propiedades ni condiciones, tanto por haberse transformado en «otra cosa» como por no haber existido nunca como tal (inidoneidad absoluta) o por su escasa concentración de principios activos, careciendo, en consecuencia, de potencialidad tóxica (inidoneidad relativa)-- está desprovista de entidad suficiente para suponer un peligro para el medio en el que se difunde, no puede existir infracción delictiva en la medida en que su generación exige la existencia al menos de un peligro abstracto y con él un riesgo de futura lesión del bien jurídico protegido, que necesariamente deben encontrarse presentes en la acción para que ésta pueda incluir el contenido de antijuricidad penal indispensable para su adecuación al tipo penal⁸⁹.

⁸⁹ Se expresa en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1236/1993 (Sala de lo Penal), de 29 de mayo (RJ 1993/4282); Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Ferreiro.

La doctrina de esta Sala ha venido considerando la naturaleza del tipo de tráfico de drogas previsto en el art. 344, como un delito de peligro abstracto. A ello hay que agregar, por imposición de la propia rúbrica de la Sección del Código en que se encuentra incardinado tal precepto, que el peligro citado en el tipo es un peligro común o colectivo, pues afecta al bien social de la salud pública, cuya incolumidad se pretende tutelar. Ahora bien, el peligro abstracto no debe ser confundido con peligro presunto, de forma que cualquier acción que cumpla objetivamente la hipótesis legal se entienda ya «per se» peligrosa, sin admisión de prueba o estimación en contrario, pues tal tipo de presunción vulneraría el esencial derecho constitucional a la presunción de inocencia. Peligro abstracto sólo quiere decir que en el momento de la consumación anticipada, con que el

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

La doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo no ha sido uniforme, ya que también encontramos numerosas resoluciones, en las que atendiendo de igual forma a la insignificancia de la cantidad de droga aprehendida, se ha decantado por una condena⁹⁰.

legislador ha configurado el tipo, no están concretados o determinados los sujetos portadores del bien jurídico tutelado cuya salud va a ser puesta en peligro o afectada por el agotamiento de la acción. Pero lo que sí es preciso es que tal peligro, como riesgo de futura lesión de aquel bien jurídico, se encuentre realmente presente en la acción para que ésta incluya en sí el contenido de antijuridicidad material y la adecuación al tipo necesarios para su ilicitud penal. Lo contrario, aceptar la punición de acciones sin contenido del peligro abstracto en que se encierra la antijuridicidad material del tipo del art. 344, sería convertir a esta figura en un mero delito de desobediencia, sin contenido objetivo de antijuridicidad o si se quiere, con sólo un contenido de antijuridicidad subjetiva, lo que sería contrario a los postulados del Derecho penal postconstitucional. Así lo han entendido la doctrina de esta Sala, esencialmente expresada en las SS. 18-12-1992 (RJ 1992\10446); 22 febrero, y 25 marzo 1993 (RJ 1993\1488 y RJ 1993\2551).

⁹⁰ «El recurrente afirma que las papelinan entregadas por el acusado a dos individuos tenían un peso de 0,030 g cada una de ellas, y que tenían una riqueza del 27,70 y 26,30% respectivamente, de forma que el riesgo para la salud pública desaparece como consecuencia de la escasísima cantidad de droga contenida en las papelinan, y se trataría de un caso de inidoneidad del objeto (...) resulta claro que la transmisión de una pequeña cantidad de droga entraña un peligro para el bien jurídico protegido en la forma en que prevé el art. 344 Código Penal, y que no excluye la existencia de este peligro el hecho de que la cantidad de droga sea pequeña o de que el porcentaje de pureza sea también poco importante» (Sentencia del Tribunal Supremo 13 de marzo de 1996).

«El acusado fue --según los Hechos Probados de la sentencia recurrida-- el encargado de transportar 0,179 g de cocaína actuando como correo para su amigo Carlos porque éste desconocía lugar donde podía adquirirse la droga (...). Esta conducta, según el Fundamento Jurídico segundo de la sentencia impugnada carece de lesividad para el bien jurídico protegido en el tipo de delito contra la salud pública por el que se ha formulado acusación (...). El bien jurídico protegido, sin embargo, no es la salud individual del consumidor concreto de la sustancia tóxica, sino la salud pública en general, esto es, la de todos los potenciales e indeterminados consumidores (...) tal conducta, al contrario de carecer de lesividad para el bien jurídico protegido, es plenamente relevante según la jurisprudencia. El que exista una determinación del consumidor concreto no hace en absoluto que desaparezca el riesgo y se trata de una interpretación errónea del riesgo abstracto. Por la jurisprudencia sentada por esta Sala se estima delito la transmisión a tercero en cantidad mínima y sin contraprestación» (Sentencia del Tribunal Supremo 7 de noviembre de 1996).

«El segundo aspecto de este argumento tiene relación con la baja pureza de la droga. En el proceso se produjeron dos pericias sobre la pureza de la sustancias. La de la Dirección General de Farmacia estableció una pureza de 1,5%. La de la Policía Científica el 0,6%, en un segundo análisis, luego de uno inicial que dio resultado negativo (...) es cierto --como lo señalan los jueces a quibus-- que en principio, la pureza de la droga no excluye el peligro de su difusión. Pero no es menos cierto que la gravedad de la pena dependerá, según establece el art. 66

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

**B. LA DOSIS MÍNIMA PSICOACTIVA COMO PRESUPUESTO
OBJETIVO PARA LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO PUNITIVO EN EL
TRÁFICO DE DROGAS.**

Antes de entrar a analizar este apartado, conviene enunciar algunas consideraciones terminológicas, destacadas por SEQUEROS SATAZORNIL:

a) **Dosis psicoactiva:** se utiliza, preferentemente en Toxicodinamia, con referencia a las reacciones sicosomáticas experimentadas por el sujeto sometido a observación y análisis tras la ingesta de cualquier tóxico, para expresar la «dosis mínima capaz de provocar algún tipo de efecto neurosíquico sobre el organismo humano» (la referida observación clínica puede abarcar desde la inexistencia de sintomatología alguna por insuficiencia de

CE vigente y el art. 61.4 Código Penal de 1973, de la gravedad del hecho. Es evidente que el peligro generado por una cantidad mínima de droga debe ser tenido en cuenta para proporcionar la pena a la gravedad del hecho. Por lo tanto, la pena del recurrente debe ser reducida, llegando prácticamente al grado mínimo de la pena amenazada» (Sentencia del Tribunal Supremo 30 de noviembre de 2001).

«Efectivamente, la escasa cuantía de la droga intervenida determina una menor gravedad del hecho y así lo prevé el art. 4 de la "Propuesta de decisión marco del Consejo de la Unión Europea" presentada por la Comisión en el presente año, al afirmar que "para apreciar el grado de gravedad, el Juez ha de tener en cuenta elementos de hecho tales como la amplitud del tráfico, su frecuencia, naturaleza de los estupefacientes e importancia de los rendimientos obtenidos" (...) en ningún caso, está previsto la consideración como circunstancia atenuante de la escasa cuantía del tráfico, aunque ésta sea mínima, sino por el contrario la preocupación de los mandatarios comunitarios es reprimir y atajar este preocupante problema, y por ello sólo consideran circunstancia atenuante la colaboración informativa con las autoridades a fin de descubrir a otros implicados y proporcionar pruebas para su condena (art. 6 de la Propuesta citada). Volviendo al caso que nos ocupa, no existiendo en la actual legislación ninguna norma que considere la circunstancia aludida como merecedora de una atenuante, lo que da lugar es a la aplicación del art. 66.1.º Código Penal, y ante el ausencia de apoyatura legal, es por lo que ha optado la Sala sentenciadora en su fundamento de derecho primero in fine, a aplicar la pena en su grado mínimo, atendida la pequeña cantidad de sustancia ocupada» (Sentencia del Tribunal Supremo 26 de noviembre de 2001).

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

potencialidad tóxica de la droga hasta los supuestos mórbidos por sobredosis).

La dosis mínima psicoactiva, en consecuencia, corresponde a la concentración más reducida de principio activo que cada tipo de droga necesita para causar alguna alteración apreciable sobre el organismo humano, con total independencia de su idoneidad para satisfacer las necesidades del consumidor.

b) En íntima conexión con ella se encuentra la denominada **dosis terapéutica**, aplicable al área de los medicamentos y remedios utilizados para el tratamiento de enfermedades, que a diferencia de la anterior con menores cantidades permite clínicamente satisfacer algunos estadios previos (como los de sedación del paciente respecto a su anestesia).

c) **Dosis de abuso habitual**: se conoce con la misma a la utilizada en cada toma por los consumidores de estupefacientes y sustancias psicotrópicas extramuros de la farmacopea, «con aptitud para satisfacer sus necesidades inmediatas» y que permite, en abstracto, dentro de unos parámetros extraídos de la praxis, obtener una media razonable (media entre paréntesis) sobre unos mínimos y máximos cuya oscilación depende de diversos factores (peso corporal, estado de salud, frecuencia, habituación... etc.).

d) En estrecha vinculación con ella está el concepto de **dosis tóxica**, que es aquella que además de satisfacer dichas necesidades puede generar por exceso consecuencias indeseadas en el consumidor de dichas sustancias (ad exemplum: intoxicaciones graves o muerte por sobredosis).

e) A las definiciones aludidas podría añadirse la de **dosis diaria de consumo**, sin mayor interés farmacocinético y de escasa relevancia en Toxicología, en la que se utiliza con mayor propiedad

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

el término de «frecuencia de uso diario». Sin embargo ha tenido una gran trascendencia en el orden jurídico que nos ocupa, al haber servido de módulo multiplicador en la doctrina de la Fiscalía y la del Tribunal Supremo para conformar el subtipo agravado de notoria importancia.

El propio Tribunal Supremo ha acogido la clasificación antes citada en diversas resoluciones⁹¹.

Uno de los mayores desencuentros doctrinales en lo que al principio de insignificancia se refiere, se centra en la cuestión de determinar qué criterio debe admitirse para apreciarse que nos encontramos ante un delito de tráfico de drogas.

El principio de insignificancia desde la construcción jurisprudencial antes citada, ha sido objeto de fuertes críticas, hasta el punto de afirmar algún sector, que la doctrina de la Sala Segunda en su afán de restringir el ámbito de aplicación del art. 368 Código Penal, ha ido mucho más allá en sus últimos pronunciamientos, erradicando del tipo del injusto supuestos acreditados de tráfico ilegal de drogas al por menor y en escasa cuantía en los que no concurrían otras circunstancias de minoración del injusto, a

⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1081/2009 (Sala de lo Penal), de 11 de diciembre (RJ 7882/2011); Ponente: Excmo Sr. Juan Ramón Verdugo y Gómez de la Torre:

En primer lugar debemos precisar los conceptos de dosis mínima psicoactiva y dosis de consumo habitual. El primero es un concepto utilizado preferentemente en toxicodinamia con referencia a las reacciones psicosomáticas experimentadas por el sujeto tras la ingesta de cualquier tóxico y se corresponde con la concentración más reducida de principio activo que cada tipo de droga necesita para causar alguna alteración apreciable sobre el organismo humano, con independencia de su idoneidad para satisfacer las necesidades del consumidor y diferente, por tanto de las dosis de abuso habitual que es la utilizada en cada toma por los consumidores de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con "aptitud para satisfacer sus necesidades inmediatas", y que permite, en abstracto, dentro de unos parámetros extraídos de la praxis, obtener una media razonable sobre unos mínimos y máximos cuya oscilación depende de diversos factores (peso corporal, estado de salud, frecuencia, habituación etc...), siendo cifras, en todo caso, notablemente superiores a las fijadas como dosis mínimas psicoactivas.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

pesar de conformar el objeto del delito alguna de las sustancias proscritas en las Listas I, II y IV de la Convención de Nueva York de 1961 y I, II, III y IV de la de Viena de 1971, y en consecuencia con principios activos en proporción suficiente para ser catalogadas como tales.

La doctrina jurisprudencial por la que la cuantía de la droga aprehendida, dada su insignificancia, consideraba la conducta atípica, siempre ha estado basada en la ausencia de antijuricidad material: la inaplicación del art. 368 Código Penal a los supuestos de tráfico de drogas en los que en razón de la mínima cantidad objeto de transmisión, atendida su pureza no quepa apreciar que tal comportamiento entrañe un riesgo efectivo de futura lesión para la salud pública, desapareciendo, en consecuencia la antijuricidad material de la conducta enjuiciada, al quedar ésta por debajo de los umbrales mínimos de intervención del derecho punitivo (Sentencias del Tribunal Supremo núm. 1701/2000, de 7 de noviembre; núm. 1889/2000, de 11 de diciembre de 2000; núm. 1944/2000, de 18 de diciembre; 9 de julio, y núm. 1439/2001, de 18 de julio, ambas de 2001; núm. 1591/2001, de 10 de diciembre; núm. 431/2002, de 8 de marzo; núm. 557/2002, de 11 de marzo, y 11 de mayo de 2002...; entre otras).

Es en el año 2003, cuando la Sala Segunda del Tribunal Supremo, comienza a reconsiderar la tesis del principio de insignificancia, reconsiderando la anterior concepción y revocando sentencias absolutorias en las que en supuestos de transmisión de cantidades mínimas de droga habían sido absueltos sus autores. Así podemos destacar las Sentencias de 13 y 20 de junio de 2003, en las que se fundamenta la condena, a pesar de la cantidad de la droga y de su insignificancia, en la persistencia de un peligro abstracto⁹².

⁹² Sentencia del Tribunal Supremo núm.887/2003 (Sala de lo Penal), de 13 de junio (RJ 2003/5871); Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

El «factum», acreditado por conformidad de las partes, sienta que el acusado entregó a un tercero «un envoltorio conteniendo 0,024 gramos de cocaína, con una pureza del 51%, expresada en cocaína base, a cambio de 2.000 pesetas». La Audiencia razona que dicha conducta no comporta un riesgo concreto para la salud pública o lo hace sólo de modo irrelevante, con cita de la Jurisprudencia de esta Sala (SSentencia del Tribunal Supremo de 18/12/00 [RJ 2000, 10648], 12/09/94 [RJ 1994, 7204], 28/10/96 [RJ 1996, 8569], 22/01/97 [RJ 1997, 1271], 11/12/00 [RJ 2000, 10149], 03/04/00 [RJ 2000, 2514]...), luego no está justificada la conminación penal por falta de antijuridicidad material del hecho potencialmente típico resolviendo la absolución del acusado.

Como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo 1981/02 (RJ 2003, 927) lo que sanciona el artículo 368 Código Penal es la puesta en peligro del bien jurídico, la salud pública, razón por la cual deben quedar excluidas de la punición por este delito aquellas conductas en las que, aun cuando aparentemente se realice la conducta típica, por especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido. Ello tiene su expresión en el llamado principio de insignificancia, es decir, cuando la cantidad de droga objeto del tráfico es tan escasa que su efecto nocivo para la salud es inexistente, de donde se deduce la falta de antijuridicidad material de la acción por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo.

Así, las SSentencia del Tribunal Supremo 1889 ó 1944/00, aplican la anterior doctrina, pero matizando la segunda que para ello es preciso tener en cuenta no sólo la naturaleza de la sustancia, aparte que se trate de una cantidad insignificante, sino igualmente su pureza y cantidad, que deberán constar en el hecho probado, «puesto que la sustancia en sí misma no conduce necesariamente, sin el complemento de tales datos, a la conclusión ineludible de existir un efecto potencialmente dañino para la salud de los demás». En el caso de la primera sentencia citada más arriba no se especificaba en el hecho probado la pureza de la cantidad de droga vendida. En otros casos, en relación con el consumo compartido, también teniendo en cuenta la insignificancia de la droga transmitida, igualmente atendida la cantidad o la pureza de la misma, tampoco se ha apreciado un riesgo efectivo de futura lesión para la salud pública (es el caso de la sentencia 216/02 [RJ 2002, 4737]). La Sentencia del Tribunal Supremo 576/00 expone que se admiten de forma excepcional supuestos en que la conducta examinada no roza o alcanza la aptitud para generar el peligro abstracto que fundamenta la aplicación del tipo, refiriéndose a la entrega de pequeñas cantidades de droga para un uso personal del receptor que por la propia dinámica de la acción carece radicalmente de la capacidad de generar peligro alguno de difusión de la droga a terceros, no pudiendo considerarse como tal el receptor de la dosis, precisamente por ser ya adicto, relacionando a continuación los requisitos exigidos para entender atípico el consumo compartido.

Igualmente también la Jurisprudencia ha considerado como supuesto excepcional de atipicidad de la conducta la de aquellas personas que sin contraprestación alguna hacen llegar a familiares próximos o allegados que se encuentran en prisión cantidades mínimas de drogas tóxicas con la finalidad de aliviar el síndrome de abstinencia (SSentencia del Tribunal Supremo 1981/02 ya citada o 1453/01 [RJ 2001, 6870]), debiendo subrayarse que estas donaciones constituyen, en principio, una conducta típicamente prevista en el artículo 368 Código Penal, y por ello la falta de punibilidad de la misma tiene que referirse a supuestos mínimos y aplicarse de forma excepcional y restrictiva, justificándose

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

cuando se pretende únicamente mitigar momentáneamente los sufrimientos propios del estado referido mediante la entrega de cantidades mínimas de droga, para su consumo inmediato y sin riesgo de difusión.

El Ministerio Fiscal argumenta a propósito de la pretendida inocuidad de la droga vendida, en contestación a los argumentos empleados por la Audiencia, que los mismos desconocen que las sustancias tóxicas, por sus propios principios activos, al ser introducidos en el organismo determinan un efecto nocivo que puede manifestarse en mayor o menor grado en atención a las condiciones personales del sujeto, que son desconocidas por quien se las suministra, es decir, las dosis consumidas en cantidades mínimas no dejan de producir por ello un efecto nocivo en la salud puesto que su incidencia se acumula en el organismo pudiendo llegar a generar progresivamente una adicción más intensa por el transcurso del tiempo, lo que no sucedería si se tratase de sustancias inocuas.

Pues bien, en el presente caso se da un acto típico de venta de una sustancia que puede causar grave daño a la salud, reflejándose una pureza de cocaína base del 51%, lo cual no es insignificante, aún teniendo en cuenta que el peso registrado de la sustancia que contenía el envoltorio era de 0,024 gramos. Por otra parte, tampoco consta que el receptor sea una persona adicta, ni mucho menos que la finalidad de la entrega fuese para mitigar un estado carencial mediante su aplicación o uso inmediato, lo que además está en contradicción con el tipo de operación efectuada.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 954/2003 (Sala de lo Penal), de 20 de junio (RJ 2003/6013). Ponente: Excmo Sr. D. Carlos Granados Pérez.

Si bien es cierto que el delito contra la salud pública no protege exclusivamente la salud del destinatario o adquirente (consumidor o drogodependiente), como sucede en los delitos de lesiones o contra la integridad física del sujeto pasivo del delito, no podemos dejar de tener en cuenta que la salud pública de la colectividad está formada por la salud de cada uno de sus componentes, de modo que la afectación a su propia salud, conforma la de la colectividad. Y aunque este ataque no tiene que ser real o efectivo, sino que basta con que sea potencial, sin embargo, en todo caso, tiene que incidir materialmente en tal salud, al punto que la sustancia con la que se agrede tiene que tener condiciones de afectarla. De modo que cuando la sustancia con la que se trafique sea de tan ínfima entidad cuantitativa que no pueda en modo alguno afectar a la salud del destinatario o adquirente de la sustancia no existirá agresión a la salud pública que es el bien esencialmente protegido en estas figuras delictivas.

En estos supuestos de ínfima cantidad, podría subsumirse la conducta en una figura de estafa (en caso de transmisiones mediante precio y con engaño), o conformar una tentativa inidónea.

La cuestión esencial es determinar los criterios a tener en cuenta para entender que pese a no ser una cantidad importante, la conducta sigue siendo típica. No cabe duda que habrá que estar a cada caso en particular y examinar todas las circunstancias concurrentes y, además, cabrá examinar si la cantidad transmitida de sustancia estupefaciente es muy inferior o no a la dosis de consumo habitual de esa sustancia, de acuerdo con los cuadros confeccionados por los organismos oficiales del Instituto Nacional de Toxicología y las agencias antidroga.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Pero como hemos tenido ocasión de comprobar, y como apunta MANJON-CABEZA OLMEDA⁹³, el problema surge de la existencia en el Tribunal Supremo de dos líneas jurisprudenciales antitéticas.

La primera de ellas sostenía la atipicidad de la venta de pequeñas cantidades de droga por ausencia de riesgo para la salud pública, lo que hacía inexistente la antijuridicidad material. Se añadía que la ínfima cantidad impide el riesgo de difusión entre múltiples e inconcretos consumidores, dada la imposibilidad de división y que, en todo caso, era necesario determinar, no sólo la cantidad de droga, sino también su pureza, o sea, la cantidad de principio activo, pues sólo conociéndose este extremo se puede afirmar la idoneidad de la sustancia para afectar a la salud individual y a la pública. Por otro lado, en algunas de las resoluciones de este primer grupo se hace una llamada al principio de insignificancia, que se entiende aplicable en estos casos de venta de cantidades ínfimas.

La línea jurisprudencial contraria está representada por un grupo de resoluciones que condenan en estos supuestos. La fundamentación

Y tratándose de la sustancia estupefaciente heroína, que es la que ha sido objeto de venta en el caso que examinamos en el presente recurso, se sitúa la dosis de consumo habitual, de acuerdo con los informes de los organismos oficiales antes citados, en una horquilla que se extiende de los 50 a los 150 miligramos de dicha sustancia, que es el peso de la papelina habitual incluyendo la droga de consumo junto con impurezas, adulterantes y diluyentes, siendo la riqueza media entre el 45 y el 50%, según datos del Instituto Nacional de Toxicología, pudiéndose comprobar, conforme a los hechos que se declaran probados, que el acusado vendió, a cambio de mil pesetas, un envoltorio que contenía 0,143 gramos de heroína con una riqueza del 23,6%, lo que suponen 143 miligramos de dicha sustancia que aunque se dividiera por la mitad, dado la riqueza que resulta del análisis, no supondría una cantidad muy inferior a la normal de las papelinas que se venden como dosis de consumo habitual, sino que estaría dentro de la horquilla antes mencionada de 50 a 150 miligramos.

Así las cosas, la venta de una papelina conteniendo la sustancia estupefaciente heroína, realizada por el acusado, constituye una conducta que se subsume en el delito contra la salud pública tipificado en el artículo 368 del Código Penal, y en concreto de sustancias que causan grave daño a la salud.

⁹³ MANJON-CABEZA OLMEDA, A; Tipicidad “mínima” en el delito del artículo 368 Código Penal. Cantidad de Droga y atenuación. Crónica de una reforma anunciada; Diario LA LEY núm. 6617, de 27 de diciembre de 2006.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

dogmática de esta posición se encuentra en la Sentencia 901/2003, de 21 de junio (Ponente: Bacigalupo Zapater), a la que las demás se remiten y que, en síntesis, afirma que la antijuridicidad material no exige que la lesión del bien jurídico sea importante y que, en todo caso, el conflicto entre la antijuridicidad material y la formal se resuelve a favor de la última. Se dice además que «en el caso de los delitos graves, como son los de tráfico de drogas, no cabe invocar, ni siquiera de lege ferenda, un «principio de insignificancia» que podría excluir la tipicidad, cuando ésta, formalmente, ha sido constatada...»⁹⁴.

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 358/2003 (Sala de lo Penal), de 16 de junio (RJ 2003/4356) Ponente: Marañón Chavarri.

Y el recurso del Ministerio Fiscal debe ser desestimado, en cuanto que la resolución absolutoria de la sentencia(ARP 2002, 173) recurrida se basa en doctrina jurisprudencial de esta Sala, manifestada en las sentencias de 29-5-93(RJ 1993, 4282) , 27-5-94(RJ 1994, 4498) , 12-9-94(RJ 1994, 7204) , Sentencia del Tribunal Supremo 772/96 de 28-10(RJ 1996, 8569) , 33/97 de 22-1(RJ 1997, 1271) , 1889/2000 de 11-12(RJ 2000, 10149) , que considera no comprendida en el tipo del Art. 344 del Código Penal de 1973(RCL 1973, 2255) y del 368 del Código Penal de 1995, la acción de tráfico, cuando por la mínima cantidad de la droga transmitida, atendido el peso de la misma y su pureza, no quepa apreciar que entrañe un riesgo efectivo de futura lesión para la salud de los que consumen, por lo que la antijuridicidad de la conducta desaparece.

En la citada sentencia de 12-9-94 (RJ 1994, 7204) se reputaron cantidades insignificantes 41 miligramos y 50 miligramos de heroína, en la de 28-10-96(RJ 1996, 8569) , 60 miligramos de la misma sustancia cantidad coincidente con la reflejada en la sentencia recurrida, en la de 22-1-1997(RJ 1997, 1271) , 20 miligramos de heroína, en la de 11-12-2000(RJ 2000, 10149) , 20 miligramos de crack, en la 1591/2001 de 10-12(RJ 2002, 6108) , una pastilla de buprex, sin constancia de su peso y en la 216/2002 de 11-5(RJ 2002, 4737) , 37 miligramos de heroína.

Pues bien, la droga transmitida en el supuesto enjuiciado consistió en 60 miligramos de heroína, con una pureza del 35,84%, por lo que el peso de la heroína neta sería de 23 miligramos, y debe reputarse cantidad insignificante, cuya posesión y transmisión no integra el tipo de tráfico de drogas previsto en el Art. 368 del Código Penal. Puesto que no llega ni a la décima parte del montante calculado para el consumo medio diario fijado en 0,60 g por el Instituto Nacional de Toxicología en informe de 18 de octubre de 2001.

El peligro para la salud que encierra el delito de tráfico de drogas se halla en función de la posibilidad de que la sustancia estupefaciente llegue al alcance de consumidores, y también en función de que tal sustancia, por su cantidad y pureza, tenga aptitud para dañar la salud.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Ante la situación de incompatibilidad de las tesis mantenidas por el Tribunal Supremo ante el principio de insignificancia, se decide, en Pleno no Jurisdiccional de 24 de enero de 2003, resolver la cuestión de la tipicidad o atipicidad de la venta de pequeñas cantidades de droga, para lo que se acuerda que «... por el Instituto Nacional de Toxicología se propusieran unos mínimos exentos de toda afectación a la salud de las personas», quedando a la espera para resolver en un nuevo Pleno. El Informe requerido (núm. 12691/03), fechado el 22 de diciembre de 2003, llega al Tribunal Supremo el 13 de enero de 2004. En el mismo se ofrecen datos sobre dosis de abuso habitual, dosis de consumo diario estimado y

Se entiende que esta potencialidad dañina desaparece en los supuestos de cantidad insignificante, por lo que en tales casos la sustancia transmitida no debe considerarse droga tóxica o psicotrópica, ni cabe apreciar riesgo para la salud,

sea el receptor adicto o consumidor nuevo, y debe estimarse que no concurre el tipo delictivo, y ello con independencia de que la sustancia se transmita gratuitamente o mediante precio.

Se matiza la aplicabilidad del principio de insignificancia en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1281/2003 de 5 de septiembre (RJ 2003/7656); Ponente Excmo. Sr. Martín Pallín:

La doctrina que se viene estableciendo por una línea jurisprudencial de esta Sala considera que, cuando la cantidad de droga intervenida resulta ínfima, el hecho deviene atípico. En este sentido la Sentencia de 9 de julio de 2001 (RJ 2001, 7040) mantiene y hacemos nuestra esta teoría, que «cuando la cantidad de droga transmitida, es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno a la salud, carece de antijuricidad material por falta de verdadero riesgo para el bien jurídico protegido».

Es cierto que esta tesis, debe ser matizada y puesta en relación con las circunstancias concretas de cada caso. En el supuesto que nos ocupa el hecho probado se limita a decir que la cantidad vendida era de 0,08 gramos de heroína sin ni siquiera referirse al porcentaje de pureza. Por otro lado, la teoría de la insignificancia podría descartarse en aquellos casos en los que, de los antecedentes de hecho, se desprende que nos encontramos ante personas sobre las que se tienen datos de su integración en una red de distribución directa a los consumidores, ya que con ello evitamos que personas que realizan, como es lógico, la venta fraccionada en pequeñas cantidades, se libren del reproche penal, a pesar de que hay constancia de una actividad más o menos habitual.

En el caso presente nada se nos dice sobre estos extremos, simplemente se hace referencia a que el acusado carecía de antecedentes penales y que vendió 0,08 gramos de heroína, sin aportar ninguna otra circunstancia complementaria que nos permita descartar la teoría de la insignificancia.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

dosis mínima psicoactiva, referidos a 29 sustancias de abuso, agrupadas en 6 familias, identificándose cada sustancia por su denominación alternativa o comercial y por su fiscalización⁹⁵.

ANEXO: CUADRO DE DOSIS MINIMAS PSICOACTIVAS DE LAS PRINCIPALES SUSTANCIAS TÓXICAS OBJETO DE TRAFICO DE DROGAS, ACTUALMENTE VIGENTE.

SUSTANCIA TOXICA	HEROINA	COCAINA	HASCHIS	LSD	MDMA	MORFINA
DOSIS MINI MA SICOA CTIVA	0,66 mg ó 0,00066	50 mg ó 0,05 gr	10 mg ó 0,01 gr	20 mcg ó 0,000002 gr	20 mg ó 0,02 gr	2 mg ó 0,002 gr

Fte: Instituto Nacional de Toxicología

Los datos que se consignan en este cuadro, expresan en gramos, miligramos o microgramos, las dosis mínimas psicoactivas, esto es, que afectan a las funciones físicas o síquicas de una persona.

ANEXO		
SUSTANCIA	NOMBRES ALTERNATIVOS O COMERCIALES	DOSIS MÍNIMA DE ABUSO HABITUAL
I. Opiáceos y sustancias farmacológicamente relacionadas Heroína	 Caballo	 25 mgs. ó 0,025 grs.

⁹⁵ Se acompaña como Anexo el cuadro confeccionado conforme a los datos suministrados por el Instituto Nacional de Toxicología.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

Morfina	Cloruro Mórfico Andrómaco*, Cloruro Mórfico Braun*, Morfina Braun*, Morfina Serra*, MST Continus*, Svredol*, Skenan*	10 mgs. ó 0,01 grs.
Metadona	Metasedin *	40 mgs. ó 0,004 grs.
Buprenorfina	Buprex*, Prefín*	0,6 mgs. ó 0,0006 grs.
Dextropropoxifen	Darvon*, Deprancol*	150 mgs. ó 0,15 grs.
Pentazocina	Pentazicina Fides*, Sosegón*	60 mgs. ó 0,06 grs
Fentanilo	Durogesic*, Fenta nest*	0,025 mgs. ó 0,000025 mgs.
Dihidrocodeína	Contusegic*	120 mgs. ó 0,12 mgs.
Levoacetil- Metadol	LAAM, Dolantina*	180 mgs. ó 0,18 mgs.
Petidina	Meperidina*, Dolantina*	100 mgs. ó 0,1 mgs.
Tramadol	Adolonta*, Tionel*, Tradonal*, Tralgiol*, Tramadol Asta	100 mgs. ó 0,1 mgs.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

	Médica*	
II. Derivados de cocaína Clorhidrato de cocaína	Nieve.Perico. Spedball (junto con heroína)	100 mgs. ó 0,1 grs.
III. Derivados de cannabis Marihuana	Hierba. Grifa. Costo. María.	1,5 grs
Hachís	Chocolate. Mierda.	0,3 grs
Aceite de hachís		0,03 mgs. ó 0,00003 grs.
IV.L.S.D. (Dietilamida del Ácido Lisérgico)	Tripi. Ácido	0,019 mgs.
V. Derivados de la Feniletilamina Sulfato de anfetamina	Anfetas, Speed, Centramina* (no comercializada ya)	30 mgs. ó 0,03 mgs.
Anfepramona	Delgamer.	75 mgs. ó 0,075 grs.
Clobenzorex	Finedal.	30 mgs. ó 0,03 grs.
Fenproporex	Antiobes Retard.	10 mgs. ó 0,01

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

	Grasmin.Tegise.	grs.
D- Metanfetamina	Speed. Tripi (en ocasiones)	2,5 mgs. ó 0,0025 grs.
VI. Hipnóticos y sedantes Alprazolam	Alprazolam Efarmes* Alprazolam Géminis* Alprazolam Merck* Tranquimazin*	grs 1 mg. ó 0,001
Triazolam	Halción*	grs. 1 mg. ó 0,001
Flunitrazepam	Rohipnol	grs. 1 mg. ó 0,001
Lorazepam	Donix*, Idalprem*, Lorazepam Medical*, Orphidal Wyeth*, Sedizepam*	grs. 5 mgs. ó 0,005
Clorazepato dipotásico	Nansius. Transilium	grs. 25 grs. ó 0.025
VII. Fenetilaminas de anillo sustituido (Drogas de síntesis) MDA Píldora del amor 20 mgs. ó 0,002 grs	MDMA Éxtasis.20 mgs. ó 0,002 grs.	MDEA Eva 20 mgs. ó 0,002 grs.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Sentencias posteriores a la recepción del Cuadro del Gabinete Técnico aplican la dosis mínima psicoactiva como límite entre la atipicidad y la tipicidad, colmando esta última con tal cantidad. se producen otras resoluciones que, amparándose en el mismo, adoptan la dosis mínima psicoactiva como suficiente para afirmar la tipicidad de la venta de droga (SS 1663/2003, de 5 de diciembre --Ponente: Soriano Soriano--; 1023/2002, de 19 de enero de 2004 --Ponente: Sánchez Melgar--; 1982/2002, de 28 de enero de 2004 --Ponente: Martínez Arrieta--, en esta resolución se hace referencia a la nueva tesis, a pesar de que el supuesto enjuiciado era de 1,8 g de anfetamina pura, lo que está muy por encima de la dosis mínima psicoactiva y de la de abuso y de la de consumo diario estimado, permitiendo la confección de entre 30 y 60 dosis, con evidente riesgo de difusión entre múltiples e inconcretos consumidores y, por ello, de afectación del bien jurídico; 2164/2004, de 20 de febrero --Ponente: Monterde Ferrer--; 221/2004, de 20 de febrero --Ponente: Jiménez García- y otras más).

Importante es a este respecto la **Sentencia del Tribunal Supremo 298/2004, de 13 de marzo**, que analiza ampliamente la cuestión. En la citada sentencia, el Tribunal Supremo emplea los parámetros científicos, que se basan en el Dictamen emitido por el Instituto Nacional de Toxicología, en fecha 12 de enero de 2004, en el que se determina la dosis psicoactiva a partir de la cual no podemos hablar de algo insignificante, sino de un mínimo potencialmente dañino, según experimentación científica⁹⁶.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 298/2004, de 12 de marzo (RJ 2004/117); Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón.

como recuerda la reciente sentencia de 4 de julio de 2003, núm. 977/2003 (RJ 2003, 5914) , (también sentencias 527/98 de 15 de abril [RJ 1998, 3806] , 985/98 de 20 de julio [RJ 1998, 5998] , 789/99 de 14 de mayo [RJ 1999, 5396] , 1453/2001 de 16 de julio [RJ 2001, 6870]), en los supuestos de tráfico esta doctrina ha de aplicarse de forma muy excepcional y restrictiva, y concretamente en casos como el que aquí se enjuicia, debe limitarse a supuestos de absoluta

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

En la actualidad, todo acto de tráfico de drogas, estupefacientes o psicotrópicos, es punible si alcanza la dosis establecida por el Instituto Nacional de Toxicología, para la sustancia en cuestión.

En la practica se han dado supuestos en los que ante la aprehensión de varias dosis que no superaban individualmente la cantidad de dosis mínima psicoactiva, se ha alegado la insignificancia de la aprehensión, y ante esto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2014⁹⁷ establece que en un supuesto en el que la acusada

nimiedad que determinan la atipicidad por falta de objeto, por no alcanzar lo vendido la dosis mínima psicoactiva de la sustancia objeto de tráfico.

Es decir la atipicidad en casos de conductas de tráfico se limita a supuestos en que la extrema desnaturalización cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada, determina que carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal. En estos casos la absoluta nimiedad de la sustancia implica que ya no constituye, por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo.

SEXO Para fundamentar este límite mínimo en criterios científicos, y al mismo tiempo garantizar la seguridad jurídica con una interpretación uniforme en una materia tan delicada, esta Sala acordó en el Pleno de 1 de julio de 2003, solicitar un dictamen técnico para precisar la dosis mínima psicoactiva de cada tipo de droga. Finalmente el Servicio de Información Toxicológica del Instituto Nacional de Toxicología (departamento de Madrid) remitió a esta Sala un informe con cuadros en los que se especifica, para cada sustancia estupefaciente, la dosis mínima psicoactiva. Esta dosis es la cantidad mínima de una sustancia química, de origen natural o sintético, que afecta a las funciones del organismo humano.

Por lo que se refiere a la heroína el dictamen establece que la dosis mínima psicoactiva se sitúa entre la mitad y un tercio de la dosis parenteral equivalente de morfina. En medicina se denomina parenteral a toda vía que evita el tubo digestivo. En el apartado de la morfina el cuadro cita diversas vías. Si acudimos a la intravenosa, que constituye una vía usual de administración de la heroína, se señala como dosis mínima psicoactiva los dos miligramos, lo que significa para la heroína (entre la mitad y un tercio, dice el informe), entre uno y 0,66 miligramos. Dada la absoluta nimiedad de la cifra y el principio «pro reo», estimamos procedente acoger como parámetro un miligramo, aunque algunas sentencias de esta Sala han acudido a la cifra inferior de la horquilla, 0,66 miligramos.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 111/2014, de 3 de febrero (RJ 2767/2014); Ponente: Excmo Sr. Alberto Jorge Barreiro:

Y en lo que atañe a las dos operaciones de venta realizadas por la acusada el día 15 de abril, separadas solo por un tiempo de 15 minutos, alega que en la primera vendió un envoltorio de cocaína que contenía 0,04 gramos con una riqueza del 80,80%; mientras que en la segunda operación vendió otro envoltorio que pesaba también 0,04 gramos de cocaína con una riqueza del 84,45%. Por lo cual, considera la defensa que su conducta resulta atípica al no alcanzar ninguna

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

realiza dos ventas de papelinas, con tan solo una separación entre ambas de aproximadamente 15 minutos, “es indiferente que ninguna de ellas por separado supere la dosis mínima psicoactiva, pues es claro que la acusada tenía en su domicilio (donde realizaba las ventas) una cantidad de droga destinada al tráfico, que superaba ese límite.”

**C. REACCIONES EN TORNO A UNA TEORÍA
JURISPRUDENCIAL BASADA EN LA DOSIS MÍNIMA PSICOACTIVA.**

Ya lo hemos anunciado, y es que la aplicación de estos criterios cualitativos establecidos por el Tribunal Supremo no ha estado exenta de polémica.

Asimismo, SEQUEROS SATAZORNIL, a pesar de que inicialmente loaba la tesis del Tribunal Supremo, reconociendo que con la adopción del patrón escogido por el Alto Tribunal para satisfacer los mínimos porcentajes de principios activos en la composición de la droga, se ha venido a introducir un margen de seguridad jurídica del que antes se carecía y que no había sabido proporcionar hasta entonces la

de las dos dosis el mínimo psicoactivo que exige la jurisprudencia para tipificar la venta de cocaína: 50 miligramos.

Pues bien, la argumentación de la parte recurrente tampoco puede asumirse en este caso, pues, al estar separadas ambas operaciones de venta de cocaína por un intervalo de tiempo de quince minutos, es claro que la acusada poseía en su domicilio una cantidad de sustancia estupefaciente que superaba los 50 miligramos, y como estaba destinada a la venta a terceros no puede cuestionarse que se cumplen los requisitos objetivos del tipo penal de poseer la sustancia con destino a la venta en una cuantía superior al mínimo psicoactivo. Y otro tanto pudiera decirse de la operación del día anterior si se pondera que solo se distanció en 24 horas con respecto a las dos operaciones del día siguiente. En cualquier caso las dos operaciones de venta de cocaína del día 15 de abril ya son suficientes para que concurra el tipo penal.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Jurisprudencia emanada de aquélla⁹⁸, diciendo que la andadura de la Jurisprudencia tras el Acuerdo citado, ha experimentado con sus decisiones un quebranto palpable en el marco de la definición del injusto que ha obligado a reconsiderar nuestro inicial apoyo ante la evidencia de haberse empezado a extraviar, o al menos a oscurecerse, el norte de su empeño⁹⁹.

La propia directora del Instituto Nacional de Toxicología cuestionó el uso que del contenido del Informe del Instituto Nacional de Toxicología 2003 había hecho el Tribunal Supremo, diciendo que «La dosis mínima psicoactiva sólo indica la cantidad mínima de una sustancia química... que tiene efecto en el organismo... pero en ningún momento nos metíamos en si debía utilizarse para fijar condenas o no¹⁰⁰».

⁹⁸ SEQUEROS SATAZORNIL, F; El principio de insignificancia y su irrelevancia en el tráfico ilegal de drogas: análisis del "injusto de bagatela"; DIARIO LA LEY 5927, de 7 de enero de 2004.

⁹⁹ SEQUEROS SATAZORNIL, F; En torno a la conveniencia de reconsiderar la idoneidad de la denominada "dosis mínima psicoactiva como presupuesto objetivo para la configuración del delito de tráfico de drogas."; DIARIO LA LEY 6271, de 9 de junio de 2005.

¹⁰⁰ Diario El País, 11 de febrero de 2004: "Toxicología se desvincula del baremo que utiliza el Supremo para condenar a "camellos"":

La directora del Instituto Nacional de Toxicología, Josefina Gómez, desvinculó ayer al organismo que dirige de la tabla de concentraciones mínimas de droga que está usando el Supremo. "Esa tabla era parte de un informe técnico que se remitió en 2001 al Supremo, pero en ningún momento nos metíamos en si debían utilizarse para fijar condenas o no", explicó Gómez. "La dosis mínima psicoactiva sólo indica la cantidad mínima de una sustancia química, de origen natural o sintético, que tiene efecto en el organismo", pero este efecto no tiene por qué ser, necesariamente, una intoxicación, aclaró.

La directora de Toxicología quiso poner más distancia, y añadió que los números manejados (0,66 miligramos de heroína pura, 50 de cocaína, 10 de hachís y 20 de éxtasis) no eran resultado de una investigación del centro, sino que estaban "en la bibliografía". Es posible que se estos números se obtuvieran por ensayos de laboratorio, o por extrapolación de pruebas en animales, lo que no quiere decir que el consumidor esté "drogado", sino que hay algún efecto en su organismo (por ejemplo, que se puedan detectar alteraciones neurológicas con un escáner), admitió.

Gómez coincidió con las opiniones de otros expertos consultados, y matizó que el efecto de una sustancia tóxica sobre el organismo "depende de la persona, de su tamaño, estado y de lo acostumbrada que esté. Es lo mismo que con el Valium. No a todas las personas les hace el mismo efecto. Algunas con una

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Otra de las críticas que aparece contra esta línea jurisprudencial, aparte de la médico-legal de entender no tóxica una sustancia perjudicial para la salud (puesto que en cualquier caso y por mínimo que sea su peso y por mucha tolerancia que tenga el sujeto, se trata de un tóxico que mantiene la dependencia psicológica en todo caso y que redundará en un deterioro del organismo), es que introduce un excesivo casuismo, puesto que habrá de ponderarse cada caso para no favorecer el evidente fraude de ley de quien, a sabiendas de esta doctrina, sólo lleve encima una dosis mínima como táctica para evitar la condena a pesar de ser un traficante habitual de lo que se conoce como "menudeo" que suele contar, además, con una clientela fija lo que le permitirá evitar portar encima más de una dosis¹⁰¹.

También preocupa a quienes critican la dosis mínima psicoactiva como fundamento de la punición del tráfico de drogas, es que se van sucediendo en cascada resoluciones absolviendo a traficantes, principalmente en actividades de tráfico al menudeo, en las que, no obstante haberse identificado pericialmente la droga se carecía de constancia de sus porcentajes de pureza¹⁰².

Indica DE URBANO CASTRILLO¹⁰³, que aunque la tutela de los bienes jurídicos es importante para justificar la tutela penal, implica una necesaria valoración de los hechos que pudieran vulnerar o no dichos

pastilla se quedan dormidas, a otras dos no les hace nada", añadió. En cambio, el Supremo valora en sus sentencias que "las dosis mínimas psicoactivas son las que afectan a las funciones físicas o psíquicas de una persona".

¹⁰¹ Montero La Rubia, F.J.; Supuestos de atipicidad en el tráfico de drogas; Portal de Internet Noticias Jurídicas, Febrero de 2005.

¹⁰² Sentencia del Tribunal Supremo, 314/2003, de 7 de febrero; 74/2004, de 30 de enero; 1569/2004, de 21 de diciembre; 1451/2004, de 2 de diciembre; 0002/2005, de 10 de enero; 166/2005, de 7 de febrero; 191/2005, de 16 de febrero y 235/2005, de 24 de febrero,... entre otras.

En este mismo sentido también se expresa DE URBANO CASTRILLO, E, en La cantidad de Droga en el Narcotráfico; LA LEY PENAL, núm. 17 de Junio de 2005.

¹⁰³ De urbano Castrillo, Eduardo. La cantidad de droga en el narcotráfico. La Ley Penal, núm. 17. Año II. Junio de 2005.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

bienes, lo cual, en supuestos en que se trata de ponderar la incidencia de elementos cuantitativos, para decidir la responsabilidad penal, supone deslizarse por una pendiente peligrosa, dada la indeterminación y problemas de límites a que tal camino conduce. Sigue diciendo este autor que no puede dejarse de tener en cuenta que las cuantías sirven para aplicar subtipos pero no para decidir sobre la previa reprochabilidad jurídico-penal.

Quien mayor oposición presenta es SEQUEROS SAZATORNIL, a pesar de su inicial avenencia, y establece que la denominada dosis mínima psicoactiva, sin embargo, carece de aptitud para satisfacer las exigencias del tipo punible ante su falta de potencialidad efectiva para arriesgar la salud colectiva, al no cumplir con la necesaria adecuación como objeto del delito las condiciones exigidas en la ratio de un precepto que sanciona de manera explícita las actividades encaminadas a promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con capacidad para generar, en abstracto, «un riesgo efectivo» para la colectividad.

Los porcentajes de droga admitidos en la actualidad por la Sala Segunda del Tribunal Supremo no sirven para satisfacer las necesidades más elementales de ningún consumidor, y en consecuencia mal pueden repercutir en la salud general, al no ostentar la idoneidad necesaria para permitir adecuadamente la configuración del injusto en la doble dimensión apuntada.

Alternativas propuestas frente a la idoneidad de la dosis mínima psicoactiva SEQUEROS SAZATORNIL, critica directamente “la inadecuada elección de la «dosis psicoactiva» frente a la de «abuso habitual de consumo», como más adecuada para identificar idóneamente el objeto del delito”.

MANJÓN CABEZA OLMEDA, sostiene que «la tipicidad debería afirmarse, con carácter general, en cantidades superiores a la de la dosis

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

mínima psicoactiva, que se moviesen alrededor de las dosis de consumo medias (dosis media activa y no dosis mínima psicoactiva)», que se corresponden con la dosis de abuso habitual una vez reducida ésta a pureza. Téngase en cuenta que la dosis de abuso habitual suele expresarse con una horquilla (al igual que la dosis mínima psicoactiva). Así, tratándose de heroína, la dosis mínima psicoactiva está entre 0,66 mg y 1 mg (15) y la dosis de abuso habitual entre 25 mg y 75 mg de sustancia pura. A esta cantidad se llega reduciendo en un 45 o 50% la horquilla de 50-150 mg que aparece en el Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 2003, pues tal como se especifica en el informe, esta cantidad de 50-150 mg es el «peso de las papelinhas habituales. En estas papelinhas se encuentra la droga de abuso, junto con impurezas, adulterantes y diluyentes. La riqueza media está entre el 45 y el 50%». Tanto la dosis de abuso habitual como la dosis media activa indican la cantidad necesaria de sustancia para obrar el efecto buscado con el consumo de la droga; la primera refiere la cantidad sin reducir a pureza y la segunda contempla sólo al principio activo; pero una vez reducida a pureza, la dosis de abuso habitual viene a coincidir con la dosis de consumo media. Por el contrario la dosis mínima psicoactiva es aquella cantidad que obra algún efecto en el organismo, pero en absoluto el perseguido por un consumidor o un dependiente. Considera que la tipicidad de la venta de droga requiere una cantidad que supere la de abuso habitual o media activa. Entre otras cosas, porque la intervención penal en la materia sólo puede empezar donde empieza el problema del abuso de drogas, es decir, cuando existe el riesgo de sujetos drogados (más de uno, sí se atiende a la jurisprudencia que exigía el riesgo de difusión). La naturaleza de la salud pública como bien jurídico colectivo, no individual, obliga a interpretar el tráfico de drogas como un tráfico-distribución y no como un tráfico-suministro individual.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Una muestra de los problemas que en la práctica estaba ocasionando la apreciación de una teoría jurisprudencial basada en la dosis mínima psicoactiva es el Pleno no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005 del Tribunal Supremo, germen de la vigente redacción del art. 368 Código Penal, que estableció el siguiente acuerdo: «Continuar manteniendo el criterio del Instituto Nacional de Toxicología relativo a las dosis mínimas psicoactivas, hasta tanto se produzca una reforma legal o se adopte otro criterio o alternativa». Con esto se anunciaba que pronto se propondría una reforma en esta materia.

Ese mismo año, se celebró otro Pleno no Jurisdiccional, el de 25 de octubre de 2005 que acordó lo siguiente: «Se aprueba la propuesta redactada por el Magistrado de esta sala D. José Antonio Martín Pallín, al amparo del art. 4.3 Código Penal sobre la conveniencia de modificar la redacción actual del art. 368 del mismo Texto Legal, añadiendo que cuando se trata de cantidades módicas las penas deberían ser de seis meses a dos años, cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que causan grave daño».

Igualmente se aprueba, como propuesta alternativa a la anterior, la formulada por el también Magistrado de esta Sala D. Andrés Martínez Arrieta, en el sentido de añadir un segundo párrafo al art. 368 Código Penal con el siguiente texto «no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable».

D. UN NUEVO INTENTO DE NUEVA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA A TRAVÉS DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

**10/1995, DE 25 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE APRUEBA EL
CÓDIGO PENAL.**

Desde luego, el panorama punitivo que nos ofrece la redacción del Código Penal y las teorías jurisprudenciales que han surgido respecto de la interpretación del precepto, nos deja aún una situación de verdadera injusticia material. Un acto calificado como de tráfico de drogas podría ser atípico si no superaba la dosis mínima psicoactiva, y si la superaba, por poco que fuese ese incremento, la condena sería de un mínimo de 1 año de prisión si la droga no causa grave daño a la salud, y de 3 años de prisión si la droga es de las que causan grave daño a la salud. Nos encontraríamos ante una límite matemático, el de la dosis mínima psicoactiva, que nos pasaría de la atipicidad a la desproporción en la sanción.

Por ello, el proyecto De Ley 121/000119 Orgánica por la que se intentó modificar durante la Legislatura 2004-2008 la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal añade un segundo párrafo al artículo 368 con el siguiente contenido: «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán excepcionalmente imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369, 369 bis y 370 siguientes.»

Se aprecia como de las propuestas el Proyecto de Ley ha acogido la segunda alternativa propuesta por el Tribunal Supremo al amparo de lo dispuesto en el art. 4.3 del Código Penal.

La propuesta se funda en los criterios de proporcionalidad auspiciados por los propios organismos de la Unión Europea, particularmente desde la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de 25

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

de octubre de 2004, sobre la base de acercar las legislaciones en materia de drogas sancionando de manera paritaria las conductas más graves, a la vez que dejando a cada país la manera de hacer frente a los problemas derivados de la fenomenología de la drogadicción y sus relaciones con el tráfico y el consumo individualizado.

Con esta reforma, se vuelve a implantar la filosofía del antiguo art. 344 Código Penal Antiguo, redactado conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, que permitía a los jueces degradar la pena cuando las circunstancias personales del autor o del hecho así lo aconsejasen¹⁰⁴.

A modo de acierto, destaca SEQUEROS que la introducción de una cláusula elástica como la propuesta en el texto del Proyecto posibilitará, en efecto, atemperar el rigor de la norma en comportamientos como los del tráfico al por menor con fines de autofinanciación, en los que la situación del drogadicto sin entidad para ser amparado por otras causas de atenuación se vea compelido a la venta ilegal apremiado por la urgencia de su necesidad. Beneficio que podría extenderse a aquellos supuestos en los que su marginalidad o defecto de integración en el medio social hayan determinado o al menos propiciado la ejecución de actividades de tráfico de menor relevancia o significación.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica, no aporta ningún análisis sobre la reforma, como ha tenido ocasión de señalar el Consejo General del Poder Judicial en su informe preceptivo, siendo este órgano quien haya suplido esta carencia explicativa con una mayor exposición de los motivos que han aconsejado la reforma de la Ley Orgánica 10/1955 de 25 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal¹⁰⁵. El Consejo General del Poder judicial aprueba la reforma aunque

¹⁰⁴ Art. 344 Código PenalA: Los tribunales atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, podrán imponer la pena inferior o superior en grado, según proceda.

¹⁰⁵ Informe Al Anteproyecto De Ley Orgánica Por El Que Se Modifica La Ley Orgánica 10/1995, De 23 De Noviembre, Del Código Penal,

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

1.- Atenuación facultativa de la penalidad del tipo básico. El apartado septuagésimo cuarto del artículo único del anteproyecto añade un segundo párrafo al artículo 368 Código Penal que abre la posibilidad, si bien con carácter de excepcionalidad, de rebajar en un grado el marco penal previsto para los tipos básicos de los delitos contra la salud pública, en atención a la escasa gravedad objetiva del hecho y a las circunstancias personales del culpable. El nuevo apartado dice: “No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán excepcionalmente imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriera alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369, 369 bis y 370 y siguientes”.

La atenuación facultativa del marco penal de los delitos contra la salud pública vinculados al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas ha venido siendo reclamada por sectores de la doctrina y de la propia jurisprudencia como medio necesario para evitar una reacción punitiva desproporcionada que se deriva del incremento progresivo de las penas que estas modalidades delictivas han experimentado en los últimos años, en aquellos casos en que la cantidad de droga es de notoria escasa importancia, o las circunstancias personales del reo ponen de manifiesto una menor culpabilidad en la realización de la acción injusta –singularmente el caso de los traficantes menores que se financian su propia adicción con el menudeo de droga-.

El estado de opinión favorable a una atemperación de las penas de los delitos contra la salud pública que permita a los tribunales una mejor adecuación de las mismas a la menor gravedad del injusto y a la menor culpabilidad del autor llegó a cuajar en una propuesta expresa de reforma legal que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo aprobó, haciendo uso de la facultad establecida en el artículo 4.3 Código Penal, en sesión CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL 165 de 25 de octubre de 2005, en la que se acordó elevar al Gobierno una propuesta alternativa.

De un lado se aprobó la iniciativa avalada por uno de los Magistrados de la Sala que expresaba la conveniencia de modificar la redacción del artículo 368 Código Penal añadiendo que cuando se trate de cantidades módicas las penas deberían ser de seis meses a dos años, cuando se traten de sustancias que no causen grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que sí causan grave daño a la salud. Como propuesta alternativa se aprobó la presentada por otro Magistrado de la Sala favorable a añadir un segundo párrafo al actual artículo 368 Código Penal que dijera: “no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”.

Es evidente que la iniciativa prelegislativa objeto del presente informe ha optado resueltamente por acoger la propuesta del Alto Tribunal, y que se ha decantado por la segunda de las formulaciones, que aparece reproducida en su literalidad.

Nada hay que objetar a la reforma, en la medida en que viene avalada por la cualificada opinión de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, si bien se echa en falta en la exposición de motivos un razonamiento más pormenorizado de la opción auspiciada por el anteproyecto y que ha conducido a preferir la segunda propuesta sobre la primera, cuestión que desde luego merecería un pronunciamiento expreso.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

reclama una mayor explicación en la Exposición de Motivos sobre la opción elegida en la nueva reforma.

Y está en lo cierto el Consejo, ya que en la Exposición de Motivos del Proyecto, ninguna mención se hace de forma expresa a la reforma del art. 368 del Código Penal, ni los motivos que han llevado a plantearse la introducción de ese apartado segundo, ni del origen de la propuesta¹⁰⁶.

La primera propuesta del Tribunal Supremo no promueve exactamente la degradación de la pena asignada a los tipos básicos, sino la determinación de un marco penal distinto, de inferior extensión al previsto para el tipo básico en ambos límites inferior y superior, pero parcialmente coincidente con aquel, por lo que representa una propuesta más

matizada y prudente. En efecto, en el caso de tráfico de drogas de las que no causan grave daño a la salud, el límite penal mínimo asignado al tipo básico de un año se rebajaría a seis meses, y el límite máximo de tres años se rebajaría a dos años, compartiendo un tramo común –de uno a dos años- con la pena básica del tipo vigente. En el caso de drogas que causen grave daño a la salud el umbral de la pena pasaría de tres a dos años, y el límite máximo de nueve a cinco años, conservando igualmente un tramo común de tres a cinco años con la pena asignada al tipo básico actual. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL 166 Por el contrario la segunda propuesta, que ha sido la asumida en la reforma, implicaría la degradación de la pena en los términos y con las consecuencias previstas en el artículo 70.1.2ª Código Penal, estableciéndose un marco penal que no se solaparía con las penas básicas actualmente previstas, y que en el caso de tratarse de drogas de las que no causan grave daño a la salud abarcaría de seis meses a un año menos un día, y en el caso de drogas que ocasionan grave daño a la salud abarcaría de dieciocho meses a tres años menos un día. Dada la menor extensión de estos marcos punitivos –seis meses en el primer caso, dieciocho meses en el segundo- el arbitrio judicial quedaría más constreñido en el caso en que se apreciase la concurrencia de los motivos de reducción de la pena. Por otra parte, las propuestas difieren igualmente en el fundamento de su aplicación, pues la primera se justifica exclusivamente en razón del menor contenido de injusto que representaría el hecho de mover cantidades modestas de droga, en razón a la menor afección del bien jurídico protegido, presentándose como una suerte de contrafigura de la circunstancia agravante específica del artículo 369.1.6ª Código Penal, lo que haría previsible la generación de una nueva jurisprudencia cuantificadora de las cantidades de principio activo por debajo de las cuales se suscitaría la aplicación de la reducción penal, en tanto que la segunda presenta un perfil mixto, subjetivo-objetivo, atendiendo a la gravedad del hecho –menor antijuricidad de la acción, no necesariamente vinculada a la modestia de la cantidad de droga objeto de tráfico- y a las circunstancias personales del culpable –culpabilidad más matizado y complejo, pero por esa misma razón más difícil de reducir por medio de la interpretación jurisprudencial a criterios ciertos y seguros de aplicación.

¹⁰⁶ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

Nada hay que objetar a la reforma, en la medida en que viene avalada por la cualificada opinión de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, si bien se echa en falta en la exposición de motivos un razonamiento más pormenorizado de la opción auspiciada por el anteproyecto y que ha conducido a preferir la segunda propuesta sobre la primera, cuestión que desde luego merecería un pronunciamiento expreso.

(...)

El Consejo recomienda por ello una reflexión detenida de estas cuestiones antes de efectuar la opción definitiva, admitiendo en todo caso la validez y el acierto de ambas.

Informe Al Anteproyecto De Ley Orgánica Por El Que Se Modifica La Ley Orgánica 10/1995, De 23 De Noviembre, Del Código Penal.

Ya un sector de la doctrina, encabezada, como no, por SEQUEROS SATAZORNIL, ha tenido ocasión de pronunciarse de forma crítica sobre el texto del citado proyecto¹⁰⁷, y de forma muy acertada, ya que la presenta reforma no eliminará del todo, los problemas que hasta

En el siempre problemático campo de los delitos relativos al tráfico de drogas se ha venido mostrando la necesidad de introducir algunas reformas técnicas y, con mayor alcance, una interpretación legal de lo que deba entenderse que es una organización delictiva en orden a la aplicación de las cláusulas que especialmente se dedican a la concurrencia de esa circunstancia en la ejecución de los delitos, para lo cual no bastaba con una simple indicación de su carácter cualificador, sino que se precisaba una definición, y así se entenderá que hay organización delictiva allí donde se de una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer esa clase de delitos. Se añade a ello la posibilidad de que esa organización tenga carácter de persona jurídica, lo que determinará la imposición de otras penas adicionales y diferentes. Exposición de motivos anteproyecto.

¹⁰⁷ Sequeros Satazornil, F., Observaciones al texto del proyecto de ley orgánica de modificación del Código Penal sobre delitos contra la Salud Pública (artículos 368 a 378 Código Penal), Diario LA LEY, núm. 6732, de 11 de junio de 2007.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

hoy venían sucediéndose en el tráfico de drogas, en sede de cuantía insignificante.

Así, se señala que la matización recogida en el mismo sobre la excepcionalidad de su aplicación por el precepto: «los tribunales podrán excepcionalmente imponer la pena inferior» resulta innecesaria y superflua, al no facilitarse, a su vez, los patrones de normalidad que deberían conformar la regla general frente a su uso singular. Por lo que la aludida advertencia al Juez difícilmente podrá conjurar el peligro de que la aplicación de la excepción pueda generalizarse en la práctica.

Señala de igual forma, que se trata, en suma, de una modalidad de discrecionalidad reglada, sometida por tanto a revisión casacional, al comportar necesariamente su aplicación por los Tribunales la utilización correcta de juicios de valor para sujetar el arbitrio del juzgador. Inferencias que a su vez deberán estar fundadas sobre datos objetivos acreditando la concurrencia de los presupuestos imprescindibles para su aplicación. Elementos de juicio, en suma, sobre los que se deberán, además, obligatoriamente, fundar la decisión, sin otras limitaciones que el sano ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117 CE) y de conformidad con lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim. Condicionamientos, en definitiva, que necesariamente deben confluir en la resolución tanto estimatoria como desestimatoria de la pretensión. Por lo que igualmente habrá de razonarse la denegación del rechazo, en su caso, de esta forma de atenuación.

Una vez más, y esta vez con anticipación a la publicación y entrada en vigor del texto de la reforma del Código Penal, SEQUEROS, corrige la redacción propuesta señalando que debe suprimirse igualmente la proscripción del uso de esta facultad a los Tribunales, efectuada en el último inciso del precepto, cuando concorra alguna de las circunstancias de agravación o sobreagravación recogidas en los arts. 369, 369 bis (introducido por la propia reforma) y 370 Código Penal, también por

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

innecesaria: al aludirse en el precepto a las sanciones previstas en «el párrafo anterior», lo que excluye consecuentemente las contempladas para los supuestos previstos en los artículos posteriores, proponiendo una redacción alternativa, que expresada de la siguiente forma:

«No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, razonando su determinación en la sentencia.»

II.2- POSESIÓN Y AUTOCONSUMO

A. CONCEPTO

Afirma Bacigalupo Zapater que el autoconsumo no es más que una forma de autolesión y que ella no es merecedora de pena. En este sentido, existe alguna resolución, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1992¹⁰⁸ que califica a la posesión para consumo propio como causa de «exculpación»: la conducta no es típica, por tanto, no hay necesidad alguna de examinar la culpabilidad del consumidor de drogas.

Ya la Fiscalía General del Estado¹⁰⁹ desde 1984 nos dejaba patente que la posesión cuya finalidad no sea el tráfico sino el propio consumo, es un hecho impune.

Señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1996¹¹⁰ que «es doctrina constante de esta Sala que la posesión de droga para el propio consumo no es delictiva. La determinación del destino al tráfico o al consumo, exige la elaboración por la Sala sentenciadora de un juicio de inferencia revisable en casación a partir de los datos objetivos acreditados en el juicio (cantidad, variedad y pureza de droga ocupada, condición de drogodependiente, consumidor ocasional o no consumidor

¹⁰⁸ Sentencia Tribunal Supremo núm. 274/1992 (Sala de lo Penal), de 20 mayo - RJ 1992\4191 -Ponente: Excmo. Sr. José Augusto de Vega Ruiz:

De otro lado, el autoconsumo [S. 23-6-1988 (RJ 1988\5309)] puede ser causa o motivo de exculpación cuando se trata de estupeficientes poseídos por el responsable penal, si se guarda la debida proporción entre cantidad y necesidad de consumo. Pero ello no se extiende a aquellos actos perpetrados para lograr o facilitar el autoconsumo de otros, aunque sean familiares o compañeros

¹⁰⁹ CIRCULAR 1/1984 de la Fiscalía General del Estado sobre interpretación del art. 344 del Código Penal:

Si la posesión abstracta de drogas no está integrada en el artículo 344, sí lo estará la posesión en la que al ánimo de poseer deba añadirse el de transmitir lo poseído. La posesión como fin no engendra ilicitud. La posesión como medio es conducta antijurídica.

¹¹⁰ Sentencia Tribunal Supremo núm. 1038/1996 (Sala de lo Penal), de 20 mayo - RJ 1996\9498 -Ponente: Excmo. Sr. Fernando Cotta Márquez de Prado

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

del tenedor de la misma, circunstancia de la ocupación, tenencia de relevantes cantidades de dinero en metálico de procedencia no justificada, ocupación de útiles, instrumentos o materiales para el pesaje, distribución, "cortado", adulteración o empaquetado de la droga, etc.) teniendo siempre presente en primer lugar que siendo la finalidad del tráfico un elemento del tipo debe quedar acreditado como cualquier otro, por lo que es a la acusación a quien incumbe acreditar el destino al tráfico y no a la defensa la tenencia para el consumo, imponiéndose la absolución en caso de duda».

Los problemas esenciales que en la práctica presentan los actos típicos de posesión ilícita se centran en la prueba de la finalidad al tráfico o difusión de la misma.

Es decir, los se suscitan problemas en torno a la prueba del elemento subjetivo¹¹¹ que es el que sirve para distinguir la posesión típica de la atípica: la finalidad de destinar al consumo -personal o compartido- o a la difusión las drogas tóxicas poseídas.

La Sentencia Tribunal Supremo núm. 281/2003¹¹², de 1 octubre recuerda como en las sentencias de esta Sala 1595/2000, de 16-10, 1831/2001, de 16-10 y 1436/2000, de 13-3, se señala que es preciso acudir a la prueba indiciaria para alcanzar la inferencia acerca del destino que pretende darse a la sustancia estupefaciente hallada en poder de una persona, en cuanto entraña un elemento subjetivo del delito que no es susceptible de ser probado de otra manera que no sea mediante la inducción de su existencia a partir de determinadas circunstancias objetivas que concurren en el hecho que se enjuicia. Y las mencionadas

¹¹¹ El tránsito de acto impune a la conducta antijurídica se produce a través de la potencial vocación al tráfico de las drogas o estupefacientes y en este animo tendencial reside la sustancia delictiva del tipo, y si bien la simple posesión no constituye una presunción «iuris tantum» de que la misma vaya a destinarse al tráfico (Sentencia del Tribunal Supremo 17.9.2004)

¹¹² Sentencia Tribunal Supremo núm. 281/2003 (Sala de lo Penal), de 20 mayo - RJ 2003/7213-Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Marañón Chávarri

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

sentencias, de conformidad con reiterada jurisprudencia, inducen el fin de traficar con la droga a partir de la cantidad de sustancia aprehendida, unido a otras circunstancias, como pudieran ser la modalidad de la posesión, el lugar en que se encuentra la droga, la existencia de material o instrumentos adecuados al fin de traficar, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga, la actitud adoptada por el mismo al producirse la ocupación y su condición o no de consumidor.

El elemento principal considerado por excelencia en cada una de las Sentencias que analizan la posesión ilícita es el de **la cantidad de droga poseída**. El primer análisis que debemos efectuar para realizar el juicio de inferencia sobre el destino de la droga poseída es sobre su cantidad: en principio podríamos afirmar que si la cantidad es pequeña y el poseedor de las mismas es consumidor se entienden destinadas al consumo personal (Sentencia Tribunal Supremo 6 de julio de 1999¹¹³).

Ahora bien, como este destino al consumo personal no es más que un indicio, será necesario analizar otros que corroboren un destino u otro. Solo hay que pensar en el supuesto del pequeño traficante que, conocedor de este dato, porta cada vez una o dos papelinas de heroína, yendo a reponerlas cuando las ha vendido. Así, hay Sentencias en las que

¹¹³ Sentencia Tribunal Supremo núm. 1167/1999 (Sala de lo Penal), de 6 julio - RJ 1999/6201-Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Móner Muñoz:

Una reiterada doctrina de esta Sala, confirma la apreciación de tenencia o posesión de estupefacientes con propósito de transmisión a terceros, en base a la comprobación de una serie de extremos fácticos, a cuyo través se patentiza la voluntad traficante del tenedor. El dato de la cantidad es sumamente ilustrativo, aunque debe conjugarse con los restantes factores detectados, como la condición o no de adicto del poseedor, medios económicos de que disponga, objetos hallados en su poder, manipulaciones realizadas en la droga, disposición y lugar en que fue hallada la misma -Sentencias del Tribunal Supremo de 23 enero, 24 marzo y 22 abril 1992 (RJ 1992\437, RJ 1992\2430 y RJ 1992\3440)-. La jurisprudencia ha admitido repetidamente que el dato de la cantidad de sustancia ocupada o aprehendida, se reputa su destino al tráfico, en cuanto exceda de la razonablemente dedicada al propio consumo, y así, toda cantidad superior a 100 gramos equivalente a 20 dosis de hachís, permite inducir el propósito de tráfico, aunque no dé lugar a la aplicación del tipo agravado por la notoria importancia -Sentencia del Tribunal Supremo de 29 octubre 1994, núm. 1881/1994 (RJ 1994\8332)-.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

se condena por un delito de tráfico de drogas al sujeto que se le interviene una sola papelina de heroína. Esto es lo que afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1997¹¹⁴ (RJ 1997/2806): «las cantidades de las distintas drogas que pueden estimarse destinadas exclusivamente al «autoconsumo»... deben considerarse como pautas o baremos orientativos».

Como veremos a continuación las cantidades que se consideran destinadas al tráfico han sido concretadas jurisprudencialmente a partir de dos datos: una cantidad que se estima como consumo diario medio del consumidor medio y el acopio de mercancía para un máximo de una serie de días.

¹¹⁴ Sentencia Tribunal Supremo núm. 461/1997 (Sala de lo Penal), de 12 de abril - RJ 1997/2806-Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Marañón Chávarri:

las declaraciones jurisprudenciales indicadoras de las cantidades de las distintas drogas estupefacientes que pueden estimarse destinadas exclusivamente al «autoconsumo», contenidas, entre otras en las Sentencias de 8 noviembre 1991 (RJ 1991\7985), 22 noviembre 1994 (RJ 1994\9284), 12 diciembre 1994 (RJ 1994\9805) y 17 octubre 1995 (RJ 1995\6969), deben considerarse como pautas o baremos orientativos, basados en el cálculo del consumo medio diario de cada tipo de droga y en la fijación del máximo de días de provisión del estupefaciente cubiertos habitualmente por el consumidor, y apoyados en las enseñanzas de la experiencia y en los datos facilitados por Organismos dedicados al estudio del fenómeno de la droga

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

CARACTERÍSTICAS DEL CONSUMO A DISTINTAS DROGAS						
Tipo de droga	Dosis terapéutica	Vías de administración	Consumidor		Duración de los efectos	Frecuencia usual
			Moderado	Alto		
Opio		Fumado	5-20 (pipas)	Más de 20 (pipas)		Diaria
Morfina	0,01 gr.	Parenteral	0,200 grs.	0,500 grs.	3-6 horas	Diaria (2-3 veces)
Heroína	0,01 gr.	Parenteral Fumada	0,100 grs.	0,400 grs.	3-6 horas	Diaria (2-3 veces)
Metadona		Oral	0,07grs. (para mantenimiento)	0,08grs.		
	0,01 gr.	Parenteral				
Barbitúricos	0,2-0,4 gr.	Oral	0,500 grs.	Hasta 1,5 grs.	1/2 h.-10 h.	Diaria (2 veces)
	0,2 gr.	Parenteral	0,300 grs.	Hasta 1 gr.	1/2 h.-10 h.	Diaria (2 veces)
Cocaína		Snifada	1,2 gr.	3,5 grs.	1/2 h.-1 h.	Diaria (hasta 10 v.)
		Parenteral	1,2 gr.	3,5 grs.	1/4 h.-1/2 h.	
Anfetamina	0,01-0,2 gr.	Oral	0,150 grs.	0,600 grs.	4 horas	Diaria (1-3 veces)
	0,003 grs.	Parenteral	0,075 grs.	0,300 grs.	3 horas	Diaria (1-3 veces)
M.D.A. (Metilendioxianfetamina)	0,05-0,10 gr.	Oral	0,100 grs.	0,300 grs.	3 horas	Diaria (1-3 veces)
Mezcalina		Oral	0,400 grs.	0,600 grs.	10 horas	Semanal
Psilocobina		Oral	0,035 grs.	0,060 grs.	5 horas	Bisemanal
L.S.D		Oral	0,200 grs.	0,500 grs.	98-12 horas	Semanal
D.M.T.		Oral	0,040 grs.	0,060 grs.	1/4 hora	Diaria (4-5 veces)
S.T.P.		Oral	0,010 grs.	0,035 grs.	24-30 horas	Bimensual
Cannabis	3 grs.		15 grs.	20 grs.	2-3 horas	Diaria
Grifa (2% THC)	0,5 grs.		5 grs.		3-4 horas	Diaria
Has (8% THC)	0,15 grs.		0,600 grs.		3-4 horas	Diaria
Acéite (20% THC)	0,04 grs.	Pulmonar (fumado)	0,010 grs.	0,015 grs.	3 horas	Diaria
T.H.C.	0,04 grs.	Gástrica (comida)	0,010 grs.	0,015 grs.	6 horas	Bisemanal

Ya la Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/1984 ofrecía un cuadro representativo de las dosis de consumo habitual:

ARANGUEZ SANCHEZ¹¹⁵, realiza un estudio jurisprudencial sobre la posesión de drogas y el juicio de inferencia sobre su preordenación al tráfico, realizando un análisis que parte del siguiente esquema:

- a) Circunstancias relativas a la droga ocupada: su cantidad, variedad, pureza y presentación
- b) Circunstancias relativas al poseedor
- c) Circunstancias relativas a la ocupación

Es éste quizá uno de los estudios más completos sobre la posesión de la droga y el juicio de inferencia a cerca de su preordenación al tráfico o la tenencia para el autoconsumo, por lo que siguiendo el mismo esquema que nos ofrece su autor, analizaremos la casuística, al no existir

¹¹⁵ ARANGUEZ SANCHEZ, C, Criterios Del Tribunal Supremo Para Delimitar El Ámbito De Lo Punible En La Posesión De Drogas, Revista Penal de Ciencia Penal y Criminología, REPC 1-4-1999

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

una delimitación clara de la frontera entre ambas formas de posesión –entiéndase posesión para el tráfico o para el autoconsumo-.

B. CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS A LA DROGA OCUPADA: SU CANTIDAD, VARIEDAD, PUREZA Y PRESENTACIÓN

Iniciamos este capítulo afirmando que el indicio examinado en cada una de las Sentencias que analizan la posesión ilícita es el de la cantidad de droga poseída: si la cantidad es pequeña y el poseedor de las mismas es consumidor será fácil deducir que esas cantidades irán destinadas al consumo personal (Sentencia del Tribunal Supremo 6 de julio de 1999¹¹⁶).

Como afirma ARANGUEZ SÁNCHEZ, **la cantidad de droga poseída es el punto de partida para que el Tribunal pueda comenzar a elaborar su juicio de inferencia sobre el destino de la sustancia aprehendida**, recordándonos a su vez, como el propio Tribunal Supremo¹¹⁷ afirma que los límites para distinguir si existe tenencia preordenada al tráfico o al autoconsumo en base a la cantidad de droga intervenida constituyen "una cuestión ciertamente irritante por los agravios comparativos que pueden originarse si se hace caso omiso de los

¹¹⁶ Sentencia Tribunal Supremo núm. 1167/1999 (Sala de lo Penal), de 6 julio - RJ 1999/6201-Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Mórner Muñoz

¹¹⁷ Sentencia Tribunal Supremo núm. 3/1997 (Sala de lo Penal), de 17 enero - RJ 1997/56-Ponente: Excmo. Sr. José Augusto de Vega Ruiz

La fijación de límites cuantitativos que sirvan para fundamentar el juicio de valor sobre la intención del acusado en orden a distinguir la tenencia para el consumo, la tenencia delictiva para traficar o la tenencia delictiva de notoria importancia, la fijación de tales límites, se repite, es una cuestión ciertamente irritante por los agravios comparativos que pueden originarse si se hace caso omiso de los supuestos de caso concreto (ver Sentencias de 5 octubre 1993 [RJ 1993\7278], 15 octubre 1992 [RJ 1992\8005] y 12 junio 1991 [RJ 1991\4663]). Siendo ello no obstante necesario para orientar la justa inferencia de los Jueces, se ha hablado, en cuanto a la cocaína, de unos ocho gramos como cantidad que en término medio podría estimarse propia para el consumo durante tres o cinco días. Siempre serán reglas discutibles , sólo orientativas

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

supuestos del caso concreto".

A pesar de haberse prefijado estos parámetros orientativos de carácter cuantitativo, la jurisprudencia no ha sido uniforme. Resulta paradójico que el Tribunal Supremo utilice el dato de desplazamiento a algún lugar en el que la oferta de droga es más ventajosa, por su precio o por la calidad del producto, sea utilizado como indiciario de dos consecuencias distintas, justificando la condena por tráfico en algunos casos, y la absolución en otros.

Cita ARANGUEZ SÁNCHEZ, varios ejemplos de Sentencias que presentan razonamientos contradictorios, como así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1996¹¹⁸ la compra en Tánger de 1.292 gramos de hachís por tres personas, es considerada como un indicio de tráfico, tan sólo por la cantidad. La propia Sentencia del Tribunal

¹¹⁸ Sentencia Tribunal Supremo núm. 108/1996 (Sala de lo Penal), de 9 de febrero - RJ 1996/835-Ponente: Excmo. Sr. Roberto García-Calvo y Montiel

Por tanto, la conocida y perfecta compatibilidad de la adicción con el tráfico de drogas cancela el poder exculpatorio de los contraindicios que supone el autoconsumo y la forma de transportar aquéllas cuando la cantidad de hachís hallado a cada acusado (340 gramos a Pedro G., 470 gramos a Antonio I. y a María Soledad S.) supera con creces la que se estima normal o adecuada para el consumo propio (cifrado en 100 a 150 gramos), ya que -como señala el Ministerio Fiscal- aun admitiendo la división entre los tres de los 1,292 kilogramos de hachís transportado (lo que no excluye el concierto al ser un reparto de lo adquirido), los 424 gramos que corresponderían a cada uno suponen una provisión de droga que excede de la admitida por esta Sala como orientadora del destino al autoconsumo y de la que se calcula como acopio normal de un consumidor, adicto a tal sustancia, por lo que es natural concluir que, al menos en parte, dicha sustancia estaba destinada al tráfico a terceros. Conclusión que se refuerza si se toma en consideración la duración del mantenimiento de la actividad de los principios activos de una sustancia orgánica como el hachís, los cuales -a diferencia de las drogas sintéticas o productos de la química- tienen una caducidad inevitable, tras varios meses de conservación, incluso en condiciones óptimas de embalaje y depósito.

La concurrencia de tales datos permite lógicamente deducir que los acusados tenían en su poder cantidades excesivas para cubrir las necesidades medias del mero consumidor que almacena dosis durante un tiempo prudencial previamente planificado, lo que descarta una alternativa absolutoria razonable y conlleva al acogimiento del Motivo.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Supremo de 10 de febrero de 1989¹¹⁹ (RJ 1989\1536) considera que "el dato del transporte desde un país productor [Marruecos], ya evidencia el propósito de introducirla clandestinamente en España para beneficiarse con su reventa".

Lo mismo ha afirmado el Tribunal Supremo si el poseedor tiene domicilio en La Línea de la Concepción "lugar conocido por la facilidad para adquirir droga" y se desplaza a otra localidad con 0,25 g de heroína y 0,8 g de cocaína, en tal caso se intuye por el Tribunal Supremo su voluntad de vender estas sustancias, vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1989 (RJ 1989\4214).

También, el desplazamiento a Melilla para adquirir 162 g de hachís también ha sido considerado como un indicio de tráfico en la Sentencia del

¹¹⁹ Sentencia Tribunal, de 10 de febrero de 1989 - RJ 1989/1536-Ponente: Excmo. Sr. Fernando Díaz Palos :

El recurrente, de oficio ceramista y declarado insolvente en la causa, lo que denota una condición económica más bien deficiente, se traslada a Marruecos, país en que por ser habitual la venta de hachís, atrae a numerosos adquirentes de tal sustancia estupefaciente, con el propósito de lucrarse en la reventa, dados los precios que alcanza en el mercado nacional. Desembarca en el puerto de Algeciras, ruta del tráfico como es más que sabido y se le ocupa oculta en su equipaje la cantidad de 300 gramos de hachís, el transporte desde Marruecos que, ya en si mismo, es un acto coadyuvante del tráfico como ha declarado esta Sala de conformidad con lo establecido en el Convenio Unico de las Naciones Unidas de 1961 y, en fin, la propia cantidad ocupada al procesado, rebasa con creces los módulos establecidos por la jurisprudencia para no considerarla módica o exigua. Tratándose de hachís se considera que a partir de los 50 gramos es cantidad, abstracción de otras circunstancias, que implica su destino a la reventa por exceder del consumo normal de un drogadicto -Sentencias, 21 de noviembre de 1986 (RJ 1986\6994), 17 de enero, 8 de octubre y 18 de julio de 1986 (RJ 1986\143, RJ 1986\5580 y RJ 1986\4333)-. Incluso cantidades más pequeñas pueden determinar el ánimo de tráfico unidas a otros factores que lo evidencian, a los que ya se ha hecho alusión. Entre otras cosas, el dato del transporte del hachís desde un país productor del mismo, ya evidencia el propósito de introducirla clandestinamente en España para beneficiarse con su reventa. Al respecto la citada Sentencia 21 de noviembre de 1986 dice muy expresivamente que es una realidad criminológica, el hecho de que difícilmente los poseedores de una cierta cantidad de droga, aun siendo esta relativamente pequeña, resisten a la tentación de compartirla, gratuita u onerosamente con otros adictos e incluso con no iniciados

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Tribunal Supremo de 9 de junio de 1988¹²⁰. Lo mismo puede decirse de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1986¹²¹, sólo que en este caso era Ceuta y la cantidad adquirida 125 g. Igualmente valoran el desplazamiento para la adquisición de droga como un indicio de la voluntad de traficar las Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1984 (RJ 1984\1869); de 20 de septiembre de 1983 (RJ 1983\4564); de 30 de junio de 1982 (RJ 1982\3593); de 9 de junio de 1982 (RJ 1982\3514); de 27 de abril de 1982 (RJ 1982\2285); de 22 de diciembre de 1979 (RJ 1979\4639); y de 10 de mayo de 1979 (RJ 1979\1976).

En sentido contrario podemos citar las Sentencias de 18 de diciembre de 1989¹²² considera que puede admitirse el destino para el

¹²⁰ Sentencia Tribunal Supremo, de 9 de junio de 1988 - RJ 1988/4582-Ponente: Excmo. Sr. Luis Román Puerta Luis

Por lo demás, es significativo que el recurrente -vecino de Guadalajara- se desplazase hasta Melilla para adquirir la droga que le fue intervenida, que tenía un peso de 162 gramos (cuando esta Sala tiene declarado que, tratándose de hachís, es a partir de los 50 gramos cuando se considera que el resto de la sustancia aprehendida está destinada a la reventa) y, por tanto, subsumible en el artículo 344 del Código Penal -Sentencias 21 de noviembre de 1986 (RJ 1986\6994) y de 4 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9640), entre otras-, y que, además, la transportaba oculta en el ano (v. artículos 1249 y 1253 del Código Civil). De todo lo cual, es preciso concluir que el Tribunal de instancia dispuso de diversos elementos probatorios de cargo aptos para desvirtuar la inicial presunción de inocencia del procesado.

¹²¹ Sentencia Tribunal Supremo, de 12 de junio de 1986 - RJ 1986/3143-ponente: Excmo. Sr. Luis Vivas Marzal:

En efecto, la cantidad de hachís ocupada -125 gramos-, no magna pero tampoco exigua, la circunstancia de haberse trasladado, desde Toledo, en un automóvil alquilado, a Algeciras, y desde allí, a Ceuta, para adquirir el mentado estupefaciente, el hallarse éste oculto y escondido en la forma antes descrita y la condena impuesta al recurrente por la perpetración de otro delito contra la salud pública, son datos obrantes en autos y suficientemente expresivos y demostrativos de que, el acusado, no se proponía autoconsumir el hachís intervenido sino que su intención era transferirlo a tercera o terceras personas

¹²² Sentencia Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 1989 - RJ 1989/794-Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García:

esto no ha ocurrido en el caso presente en el que, en realidad, el único dato de relevancia del que pudiera deducirse el propósito de traficar, es la cantidad de 217 gramos de hachís. Indudablemente la Audiencia de Almería tuvo en cuenta que se trataba de un joven adicto al consumo de esta sustancia que había viajado a Africa para adquirir esa mercancía por ser más barata allí que en la península y con posible ánimo, por tanto, de tenerla para su personal uso durante

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

autoconsumo de los 217 g de hachís que un joven había adquirido en esa plaza, a un precio inferior al habitual, y pese a reconocer que a razón de 5 g por día podría subvenir su consumo durante un mes y medio, considera el Tribunal Supremo que "no parece acopio excesivo". En tales casos, el drogodependiente se comporta como cualquier otro consumidor, pudiendo hacer acopio de drogas si su precio en relación a su calidad así lo justifican: así en el caso de comprar hachís en Ceuta, el Tribunal Supremo considera que la adquisición de 200 a 400 g por persona era "parificable con un acopio de dos a cuatro cartones de cigarrillos de tabaco y que por ello la deducción de que se destinasen al consumo propio es la adecuada" vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1991 (RJ 1991\740).

Similares decisiones se contienen en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1989 (RJ 1989\8649) que absuelve a tres individuos que compraron en Marruecos 542 g de hachís y 5,5 g de grifa; así como en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1989 (RJ 1989\82) en la que dos sujetos adquieren 45 g de heroína en Amsterdam.

Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo nos permite elaborar unas tablas orientativas sobre la cuantificación de lo que podríamos considerar de acopio para el autoconsumo.

a) Hachís: La mayoría de las Sentencias sitúan el límite de posesión para el autoconsumo en 50 gramos¹²³, encontrándonos

un prolongado período de tiempo, pues tales viajes no pueden hacerse con frecuencia. A cinco gramos diarios, como dice el Ministerio Fiscal, tenía para mes y medio aproximadamente lo cual no parece acopio excesivo.

¹²³ SSentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1997 (RJ 1997\6449); de 3 de octubre de 1995 (RJ 1995\7589); de 22 noviembre de 1994 (RJ 1994\9284); de 12 diciembre de 1994 (RJ 1994\9805); de 28 septiembre 1992 (RJ 1992\7471); de 18 de marzo de 1995 (RJ 1995\2038); de 12 de diciembre de 1994 (RJ 1994\9805); de 21 de octubre de 1993 (RJ 1993\7816); de 23 de abril de 1993 (RJ 1993\3206); de 3 de febrero de 1993 (RJ 1993\646); de 25 de septiembre de 1991 (RJ 1991\6572); de 19 de julio de

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

algunas resoluciones que elevan esa cantidad a 100 gramos¹²⁴, y excepcionalmente otras que alcanzan la absolución del acusado poseedor de hasta 150 gramos¹²⁵.

Cocaína: mayor disparidad de criterio se presenta en la posesión de cocaína, Aunque el Tribunal Supremo venía considerando en algunas ocasiones que cantidades inferiores a 10 g no denotan la voluntad de tráfico¹²⁶.

1991 (RJ 1991\6000); de 18 de mayo de 1990 (RJ 1990\4191); de 11 de mayo de 1990 (RJ 1990\3911); de 20 de marzo de 1990 (RJ 1990\2565); de 10 de octubre de 1989 (RJ 1989\7654); de 30 de junio de 1989 (RJ 1989\5708); de 20 de abril de 1989 (RJ 1989\3421); 10 de febrero de 1989 (RJ 1989\1536); de 7 de noviembre de 1988 (RJ 1988\8979); de 9 de junio de 1988 (RJ 1988\4582) y de 4 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9640).

De hecho, apenas podemos encontrar en la reciente jurisprudencia del TS sentencias condenatorias por tenencia de cantidades de hachís inferiores a los 50 g, como sucedió con la posesión de 42 g de hachís por un consumidor esporádico de esta sustancia, que, sin concurrir ningún otro indicio, fue considerada como preordenada al tráfico por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1992 (RJ 1992\8333). En cambio, en la década de los 80 abundan los pronunciamientos condenatorios con cantidades de hachís de escasa relevancia, así las SSentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1989 (RJ 1989\7542) en la que se condena con sólo 43 g; la de 6 de junio de 1989 (RJ 1989\5043), con 22 g; la de 5 de marzo de 1988 (RJ 1988\1567), con 39,7 g; las de 13 de noviembre de 1984 (RJ 1984\5478) y de 30 de octubre de 1984 (RJ 1984\5111) condenan con 40 g; con 100 g entre dos poseedores condena la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1986 (RJ 1986\6994); con 42,6 g castiga la de 16 de noviembre de 1983 (RJ 1983\5500); con 34,7 g la de 23 de septiembre de 1983 (RJ 1983\4572); con 25 g la de 17 de enero de 1983 (RJ 1983\12); con 26 g la de 16 de julio de 1982 (RJ 1982\4691); con 40 g la de 21 de mayo de 1982 (RJ 1982\2696); con 37 g la de 10 de mayo de 1980 (RJ 1980\1907). Incluso en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1988 (RJ 1988\1083) condenó por la posesión de 0,5 g de hachís a un sujeto que portaba tan exigua cantidad al ser detenido por homicidio, deduciendo el Tribunal de la posesión de 35.000 ptas y su no adicción al hachís. Y la de 9 de julio de 1984 (RJ 1984\3835) condena a tres poseedores que habían cultivado unas plantas que pesaron 2,46 g y que habían comprado 1,25 g de hachís en Ceuta.

¹²⁴ SSentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1996 (RJ 1997\4852); de 29 de octubre de 1994 (RJ 1994\8332) y de 5 de noviembre de 1981 (RJ 1981\4295).

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1996 (RJ 1996\835).

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1995 (RJ 1995\2132); de 7 de junio de 1994 (RJ 1994\4537); de 20 de julio de 1993 (RJ 1993\6413); de 28 de enero de 1993 (RJ 1993\205) -aunque de un modo indirecto-, y de 26 de octubre de 1992 (RJ 1992\8528). En aplicación de ese criterio, sin concurrir otras circunstancias de interés, el TS ha declarado que son cantidades que no puede revelar por sí solas intención de tráfico: 3,5 g en la de 4 de diciembre de 1989 (RJ 1989\9423); 3,8 g en la de 28 de julio de 1994 (RJ 1994\6818) y 6,6 g en la de 5 de mayo de 1995 (RJ 1995\4495). También en

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Heroína: En algunas sentencias aisladas el Tribunal Supremo ha defendido que puede deducirse el fin de transmisibilidad de la posesión de heroína que supere los 2 ó 3 g¹²⁷, pero la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 1, de 1984, entendió que había posesión para el consumo personal cuando se trataba de 0,25 g por dosis, con un máximo de cuatro dosis al día, lo que nos lleva a un total de unos 5 g, y esta había venido siendo la posición mayoritaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹²⁸.

d) **LSD:** A partir de 5 dosis se han considerado como tenencia para el tráfico¹²⁹.

e) **Anfetaminas:** Como norma general, la posesión de más de 7 g supone un exceso sobre el autoconsumo¹³⁰. Así, 28,5 g ó 25 pastillas son cantidades claramente reveladoras del destino hacia el

esta línea, el TS ha revocado la sentencia del Tribunal a quo y absuelve al condenado que poseía únicamente 1,950 g con una pureza del 8,5%, vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1994 (RJ 1994\9019

¹²⁷ SSentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1994 (RJ 1994\7642) y de 30 de abril de 1991 (RJ 1991\2479).

¹²⁸ Este criterio también ha sido acogido por el TS. La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997 (RJ 1997\4580) considera que la dosis varía entre los 0,14 y los 0,25 g por dosis con un máximo de 4 dosis diarias y un acopio de tres a cinco días. En idéntico sentido vid., SSentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1995 (RJ 1995\9195) y de 5 de octubre de 1993 (RJ 1993\7278), de 12 de febrero de 1993 (RJ 1993\1052).

Por el contrario, como cantidad indiciaria de tráfico se han considerado a 9,5 gr. con una pureza del 31,4% en el ATS de 13 de abril de 1996; a 8,25 g en el ATS de 23 de noviembre de 1994 (RJ 1994\8967); o bien a 7,72 g con pureza del 7,94% en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1994 (RJ 1994\8791).

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 20 de diciembre de 1983 (RJ 1983\6702). Con 5 dosis y 6 g de hachís la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1984 (RJ 1984\102). Con 9 dosis la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1989 (RJ 1989\9807). Claramente, con 53 dosis la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1984 (RJ 1984\2481) y con 64 dosis la de 20 de octubre de 1988 (RJ 1988\9187).

Como excepción, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1983 (RJ 1983\6303) considera que 50 pastillas de LSD es una cantidad de droga no significativa, y absuelve.

¹³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1994 (RJ 1994\6712

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

consumo de terceros¹³¹.

Parece que la polémica acerca de la cuantificación de lo que debemos entender como cantidad poseída para el propio consumo, ha quedado zanjada en los últimos años. La jurisprudencia de la Sala II, aun en los casos de que el portador de la sustancia estupefaciente sea consumidor, ha venido considerando que la droga está destinada al tráfico, cuando la cuantía de la misma exceda del acopio medio de un consumidor.

En las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1990, 15 de diciembre de 1995 y en la Sentencia 1778/2000, de 21 de noviembre¹³², se ha fijado el consumo medio diario de cocaína en un gramo y medio, **de conformidad con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología, y tal cifra de consumo diario se aceptó por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19 de octubre de 2001.**

Otras resoluciones más recientes, como la **Sentencia Tribunal Supremo núm. 749/2007¹³³** nos ofrecen bastantes parámetros que nos

¹³¹ SSentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1995 (RJ 1995\2050) y de 26 de noviembre de 1993 (RJ 1993\3218)

¹³² Sentencia Tribunal Supremo, núm. 1778/2000 de 21 de noviembre- RJ 2000/9551- Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García:

nos encontramos ante un caso de indicio de especial significación probatoria, que por sí sola habría servido para acreditar el destino al tráfico, al menos en parte, de esa cantidad de droga. Tal criterio nos parece razonable, pues los 14,69 gramos de cocaína pura (19,81 al 74,2%) ciertamente exceden de lo que podemos considerar tenencia para el propio consumo, considerando tal la almacenada para cinco días (véanse las sentencias de esta Sala de 4-5-1990 [RJ 1990, 3846] y 15-12-1995 [RJ 1995, 9195]), a razón de un consumo diario máximo de 1,5 gramos distribuidos en varias tomas. Es decir, esos 14,69 gramos exceden con mucho de 7,5 gramos también de cocaína pura (1,5 g por 5 = 7,5 gramos).

¹³³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 749/2007 de 19 septiembre. RJ 2007\885. Ponente: Excmo Sr. Manuel Marchena Gómez:

Así se desprende del criterio de esta Sala acerca de la tenencia de sustancias estupefacientes preordenada al tráfico, criterio reiterado en las SSentencia del Tribunal Supremo 4839/2007, 25 de junio y 281/2003, 1 de octubre (RJ 2003, 7213) , en las que se recuerda que la jurisprudencia ha fijado el consumo medio diario de cocaína en un gramo y medio, de conformidad con el criterio del

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

ilustran sobre el criterio de la Sala II de los que cabe inferirse la preordenación al tráfico en la posesión de sustancias estupefacientes preordenada al tráfico, criterio reiterado en las Sentencia del Tribunal Supremo 4839/2007, 25 de junio y 281/2003, 1 de octubre, en las que se recuerda que **la jurisprudencia ha fijado el consumo medio diario de cocaína en un gramo y medio**, de conformidad con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología, y tal cifra de consumo diario se aceptó por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19 de octubre de 2001 (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 1143/1995, 15 de diciembre y 1778/2000, 21 de noviembre). Es criterio también del Instituto Nacional de Toxicología, aceptado por la Sala Segunda, **que normalmente el consumidor medio cubre el consumo de drogas de cinco días** (cfr. SSTribunal Supremo 578/2006, 22 de mayo y 390/2003, 18 de marzo).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2004¹³⁴ supone un claro ejemplo de motivación del juicio de inferencia que realiza el Tribunal para determinar de que la posesión estaba preordenada al tráfico, tratándose de un supuesto en el que se ha acreditado por prueba directa el elemento del tipo del art. 368 Código Penal 1995, cual es la posesión objetiva de la droga. Ese particular fue reconocido por el propio acusado y confirmado por los testigos policías y por los análisis periciales de la sustancia hallada. En cuanto a la base probatoria del elemento subjetivo de la preordenación al tráfico, resulta oportuno hacer un distingo: por un lado es factible recurrir a simples hechos o datos de los que puede colegirse el destino de la droga al tráfico, como puede ser **la excesiva**

Instituto Nacional de Toxicología, y tal cifra de consumo diario se aceptó por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19 de octubre de 2001 (JUR 2002, 77558) (cfr. SSentencia del Tribunal Supremo 1143/1995, 15 de diciembre [RJ 1995, 9195] y 1778/2000, 21 de noviembre [RJ 2000, 9551]). Es criterio también del Instituto Nacional de Toxicología, aceptado por la Sala Segunda, que normalmente el consumidor medio cubre el consumo de drogas de cinco días (cfr. SSentencia del Tribunal Supremo 578/2006, 22 de mayo [RJ 2006, 3315] y 390/2003, 18 de marzo [RJ 2003, 2670]).

¹³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 927/2004 de 14 julio. Ponente: Excmo Sr. José Ramón Soriano Soriano

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

cantidad aprehendida, superior a las necesidades ordinarias de un consumo para unos días, la clase de sustancia intervenida, el grado de adicción del poseedor, lugar donde se produce la incautación, actitud adoptada al producirse la intervención de la droga, ocupación de elementos auxiliares, como balanzas y cuchillos para la manipulación de la sustancia, etc.; por otro lado, el destino al tráfico puede acreditarse por la venta o donación efectiva realizada a un tercero. En este caso ya no se está ante un supuesto de posesión preordenada, sino ante una situación de genuino tráfico.

Pero precisa el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 650/2013 de 29 mayo¹³⁵ que **no se trata tanto de fijar en gramos una línea divisoria para diferenciar entre la posesión no delictiva y la que invade el Código Penal. La frontera es otra: se incurre en responsabilidad penal cuando la droga se destina a terceros; no la hay cuando el poseedor la destina a su exclusivo consumo.** Hay que estar a cada caso concreto para decidir si la cantidad, unida o no a otros indicios, puede ser suficiente o no para llegar a esta conclusión.

Un ejemplo de ello lo es la Sentencia del Tribunal Supremo 15 Abril de 2004¹³⁶ que afirma que “aunque fuera cierto que la cantidad

¹³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 650/2013 de 29 de mayo-. RJ 2013\7083- Ponente: Excmo Sr. Antonio del Moral García:

No se trata tanto de fijar en gramos una línea divisoria para diferenciar entre la posesión no delictiva y la que invade el. La frontera es otra: se incurre en responsabilidad penal cuando la droga se destina a terceros; no la hay cuando el poseedor la destina a su exclusivo consumo. Hay que estar a cada caso concreto para decidir si la cantidad, unida o no a otros indicios, puede ser suficiente o no para llegar a esta conclusión. En este caso no lo es.

Precisamente por eso las citas jurisprudenciales son solo orientativas: valen como referencia para comprobar la forma de razonar, pero no puede buscarse en ellas la exactitud de un criterio aritmético. De cualquier forma el recurrente acierta a citar algunos pronunciamientos de esta Sala que con cantidades equivalentes no han considerado concluyente la inferencia sobre el ánimo de tráfico.

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 502/2004 de 15 abril. RJ 2013\7083 Ponente: Excmo Sr. Francisco Monterde Ferer:

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

intervenida de cocaína fuera muy pequeña --que no lo es, al tratarse de 5,690 g de cocaína y 2,600 g de hachís--, al estar destinada a la venta se ha de concluir que su acción está tipificada, sin lugar a dudas, en el art. 368 Código Penal 1995.

La forma de presentación de la droga en el momento de la aprehensión, también ha sido un elemento indiciario de su preordenación al tráfico que los Tribunales han considerado.

Como afirma la Sala II del Tribunal Supremo, la cocaína es droga que causa grave daño a la salud, constando en el caso de autos, a través del oportuno análisis realizado por laboratorio oficial, tanto su naturaleza, como cantidad y pureza. El Tribunal provincial basa la prueba de cargo, que le ha servido de sustento para la resolución condenatoria pronunciada, en las manifestaciones del propio acusado reconociendo la venta, **la distribución de la droga ocupada al acusado en bolsitas convenientemente preparadas y el porte por aquél de una libretita con nombres y cantidades que constituye una relación de deudores a los que había vendido drogas**. Aunque la cantidad ocupada al acusado no fuera muy grande, atendida su probada drogadicción, la sala *a quo* dispuso de elementos suficientes para llegar válidamente a la conclusión de que la poseía para destinarla, al menos en parte, a su venta a terceras personas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 Septiembre de 2004¹³⁷).

reiterada jurisprudencia de esta Sala viene induciendo el "fin de traficar" con la droga a partir de la cantidad de sustancia aprehendida, unido a otras circunstancias como pueden ser: las modalidades de la posesión, el lugar en que se encuentra, la existencia de material o instrumentos adecuados a ese fin, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga, la actitud adoptada al producirse la ocupación, su condición o no de consumidor de tales sustancias. Acreditada la posesión de la sustancia estupefaciente, acompañada de alguna de las circunstancias expresadas, permite alcanzar la deducción razonable, según los casos, de que la tenencia del estupefaciente está destinada al tráfico

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1087/2004 de 27 septiembre. Ponente: Excmo Sr. Francisco Monterde Ferer:

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Otro ejemplo en el que se valora la forma de presentación de la droga, es el de un supuesto en el que la **distribución en 110 bolsitas, el que no consten hábitos de consumo en los recurrentes y el dinero, en torno a 1.200 euros, poseído por personas de las que se ignora cualquier fuente de ingresos lícitos--**, supone la comisión de tal ilícito. No se está ante sustancias que, por su insignificante cantidad, carecen de eficacia psicoactiva, pues se trata de 3'5 g de cocaína y 1'5 g de heroína puras. (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 Septiembre de 2004¹³⁸).

Pero el análisis aislado de estos indicios nos puede llevar a soluciones contradictorias, como el hecho de estar la droga distribuida papelinas, preparadas y termoselladas, pudiera ser un indicio que nos llevara a considerar su preordenación al tráfico, pero **también podría decirse que estaba en disposición de ser comprada**¹³⁹.

C. CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS AL POSEEDOR

Olvida o desconoce la Sala de instancia que la jurisprudencia admite en muchos casos al consumidor esporádico o de fin de semana, pues como se precisa, **otra cosa determinaría un trato desfavorable para los no drogadictos** y como afirma la Sentencia del Tribunal

Además, cita la Sala de instancia la distribución de la droga ocupada al acusado en bolsitas convenientemente preparadas y el porte por aquél de una libretita con nombres y cantidades que constituye una relación de deudores a los que había vendido drogas.

Aunque la cantidad ocupada al acusado no fuera muy grande, atendida su probada drogadicción, la Sala a quo dispuso, según lo dicho, de elementos suficientes para -como indica- llegar válidamente a la conclusión de que la poseía para destinarla, al menos en parte, a su venta a terceras personas

¹³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1008/2004 de 22 septiembre. Ponente: Excmo Sr. Jose Manuel Maza Martín.

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 80/2005 de 28 de enero.- RJ 2005/1742 Ponente: Excmo Sr. Jose Ramón Soriano Soriano:

En primer lugar se dice que la droga estaba dispuesta para la venta. Pero si ello es así, también podría decirse que estaba en disposición de ser comprada-

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Supremo núm. 680/2006¹⁴⁰ “Ha de tenerse en cuenta además, que la condición de consumidores esporádicos es precisamente la figura que se comenta del consumidor esporádico de fin de semana la más típica y usual de los casos de consumo compartido.”

También se precisa que, “basta con que sean consumidores, aunque esporádicos, debiéndose matizar como hacen las SSTribunal Supremo 983/2000, de 30 de mayo; 237/2003, de 17 de febrero; 286/2004, de 8 de marzo, ó 225/2006, de 2 de marzo, que dentro de la condición de «drogodependientes», debe incluirse a aquellas personas que puedan responder al patrón de «consumidor de fin de semana», es decir, consumidores no diarios, aunque sí puedan ser habituales de fin de semana, días festivos o acontecimientos semejantes”. Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1052/2006 de 23 octubre¹⁴¹.

Y un último ejemplo lo constituye la Sentencia núm. 80/2005 de 28 enero¹⁴² en la que se analiza la capacidad económica del acusado afirmándo que en la causa existen otras pruebas que apuntan en esa dirección, como la suficiencia de medios para adquirir la droga, la existencia de un empleo retribuido fijo en el recurrente, y respecto al otro acusado, percibiendo las retribuciones propias del paro, en el que se hallaba en el momento de ser sorprendido, etc.

D. CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS A LA OCUPACIÓN

Además de las circunstancias analizadas en los apartados anteriores, vemos como el Tribunal Supremo también valora la forma en

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 680/2006 de 23 de junio -RJ 2006/5560
Ponente: Excmo Sr. José Ramón Soriano Soriano

¹⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1052/2006 de 23 de octubre -RJ 2006/9367
Ponente: Excmo Sr. Francisco Monterde Ferrer

¹⁴² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 80/2005 de 28 de enero.- RJ 2005/1742
Ponente: Excmo Sr. Jose Ramón Soriano Soriano

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

que se produce la aprehensión de la droga. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2004¹⁴³.se afirma que existen diversas circunstancias en los hechos que denotan lo acertado de la Sala de instancia al condenar por un delito de tráfico de drogas, desechando el autoconsumo del acusado. Fundamentalmente son estas: en primer lugar, la cuantía de la droga aprehendida que rebasa con mucho lo que es habitual en el consumo que una persona pueda realizar, máxime cuando también ha quedado probado que el recurrente sólo era consumidor de fines de semana. En segundo término, hay que resaltar la forma en que iba distribuida la droga para mejor ser ocultada, siendo así que hoy día nadie ignora, ni podía ser ignorado por el inculpado, que el simple consumo no constituye delito, de ahí que si este hubiese sido su destino no tendría por qué haberla ocultado en diferentes lugares. También, y en este mismo aspecto, **no tendría por qué haber huido de la presencia policial de la manera como lo hizo, obligando a los agentes a perseguirle después de tratar de ponerse a salvo de cualquier vigilancia.**

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 5 de Julio 2004¹⁴⁴, estudia un supuesto en el que la sentencia impugnada absuelve al acusado de un delito contra la salud pública. Contra esta sentencia denuncia el Ministerio Fiscal la inaplicación indebida del art. 368 Código Penal 1995, pues entiende que la cantidad transmitida es capaz de producir efectos nocivos y que la acción es, por lo tanto, típica y antijurídica, y, de otro lado, que la droga contenida en los envoltorios estaba destinada al tráfico dada la forma en que estaba distribuida y por el lugar en que es encontrada. El motivo ha sido estimado. En primer lugar, la inferencia relativa al destino al tráfico de la droga contenida en los siete envoltorios que el acusado

¹⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1008/2004 de 23 de octubre - Ponente: Excmo Sr. José Manuel Maza Martín

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 872/2004 de 5 de julio - Ponente: Excmo Sr. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

tenía en su poder, puede ser revisada. **Si el acusado tiene en su poder en la vía pública, escondidos entre sus ropas, siete envoltorios de heroína y si es sorprendido mientras realiza una operación de venta de un envoltorio similar, parece razonable concluir como pretende el Ministerio Fiscal que al menos parte de esa sustancia estaba destinada potencialmente al tráfico.** Además sería bastante para afirmar la comisión del delito imputado con la acción de venta de un envoltorio de heroína de las características que se describen en el hecho probado.

El intento de ocultación de las papelinas advertido por los policías una vez que hicieron funcionar el dispositivo, es asimismo perfectamente compatible con la posesión de aquéllas para el consumo. **Pues es un dato de experiencia que la circunstancia de ser sorprendido por la policía en la posesión de alguna sustancia ilegal depara, en todo caso, incomodidades y problemas;** y, desde luego, la incautación de la misma, como acertadamente valora la Sentencia Tribunal Supremo núm. 80/2005 (Sala de lo Penal), de 28 enero¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 80/2005 de 28 de enero.- RJ 2005/1742
Ponente: Excmo Sr. Jose Ramón Soriano Soriano

**II.3.- CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DEL NUEVO TIPO
ATENUADO PREVISTO EN EL ART. 368 PÁRRAFO 2º DEL CÓDIGO
PENAL.**

A. ORIGEN Y MOTIVACIÓN DE LA REFORMA

La reforma del Código Penal impuesta por la LO 5/2010, añade un segundo párrafo al artículo 368, que posibilita a los tribunales imponer la pena inferior en grado a las señaladas en el párrafo primero en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, impidiendo hacer uso de esa facultad si concurre alguna de las circunstancias agravantes previstas en los artículos 369 bis y 370.

El anterior Código Penal, con ocasión de la reforma del art. 344 por Ley 44/1971, de 15 de noviembre, se facultó a los Tribunales, en su párrafo tercero, para imponer la pena inferior o superior en un grado atendidas las circunstancias del culpable y del hecho. Esta redacción, como puede comprobarse, es muy semejante a la de la reforma actual de 2010, si bien en aquel precepto la facultad concedida a los jueces tenía la doble posibilidad de atenuar o de agravar la pena, según procediera en el caso concreto. En la reforma del C. Penal de 25 de junio de 1983 se suprimió esa facultad que se otorgaba al juzgador.

El texto legal acoge la tesis doctrinal, que mantenía que la previsión de una pena privativa de libertad mínima de tres años para cualquier delito de tráfico de drogas catalogadas como gravemente nocivas para la salud de los consumidores, podía en ocasiones resultar desproporcionada con la gravedad del hecho delictivo realizado, sobre todo en aquellos casos en los que se trataba de cantidades mínimas de droga y el agente era un delincuente primario, pues la pena de tres años, le obligaba a ingresar en prisión. Ello motivó de un lado, la solicitud a menudo por los propios tribunales de indultos parciales a favor de los penados, y de otro, el

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

surgimiento de diversas doctrinas jurisprudenciales, encaminadas principalmente a mitigar la excesiva crudeza punitiva que el Código preveía para tales supuestos, como la teoría del pequeño traficante-consumidor, que menudea con droga con el fin de procurarse un autoconsumo y que propiciaba con frecuencia la aplicación de atenuantes cualificadas por disminución de su imputabilidad; o las teorías que consideraban atípicas conductas tales como el tráfico de sustancias estupefacientes con dosis mínima psicoactiva, o la entrega de cantidades pequeñas de droga a familiares con el fin de evitarles el síndrome de abstinencia, etc.

Disposición que, en palabras de este mismo Tribunal responde “...a la necesidad de facilitar a los jueces y tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta con el principio de culpabilidad permitiendo la adopción de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a las personales del acusado” (STribunal Supremo de 25 de Enero de 2011).

Nacen 2 propuestas en el Tribunal Supremo:

Pleno no Jurisdiccional, el de 25 de octubre de 2005 que acordó lo siguiente: «Se aprueba la propuesta redactada por el Magistrado de esta sala **D. José Antonio Martín Pallín**, al amparo del art. 4.3 Código Penal sobre la conveniencia de modificar la redacción actual del art. 368 del mismo Texto Legal, añadiendo que *cuando se trata de cantidades módicas las penas deberían ser de seis meses a dos años, cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que causan grave daño*».

Igualmente se aprueba, como propuesta alternativa a la anterior, la formulada por el también Magistrado de esta Sala **D. Andrés Martínez Arrieta**, en el sentido de añadir un segundo párrafo al art. 368 Código Penal con el siguiente texto «*no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado*».

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable».

Se aprecia como de las propuestas la LO 5/2010 Ley ha acogido la segunda alternativa propuesta por el Tribunal Supremo, **no exenta de reservas:**

Nada hay que objetar a la reforma, en la medida en que viene avalada por la cualificada opinión de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, si bien se echa en falta en la exposición de motivos un razonamiento más pormenorizado de la opción auspiciada por el anteproyecto y que ha conducido a preferir la segunda propuesta sobre la primera, cuestión que desde luego merecería un pronunciamiento expreso. (La EM se limita a decir que se acoge la propuesta del Tribunal Supremo)

(...)

El Consejo recomienda por ello una reflexión detenida de estas cuestiones antes de efectuar la opción definitiva, admitiendo en todo caso la validez y el acierto de ambas.

(...)

Por otra parte, las propuestas difieren igualmente en el fundamento de su aplicación, pues la primera se justifica exclusivamente en razón del menor contenido de injusto que representaría el hecho de mover cantidades modestas de droga, en razón a la menor afección del bien jurídico protegido, presentándose como una suerte de contrafigura de la circunstancia agravante específica del artículo 369.1.6ª Código Penal, lo que haría previsible la generación de una nueva jurisprudencia cuantificadora de las cantidades de principio activo por debajo de las cuales se suscitaría la aplicación de la reducción penal, en tanto que la segunda presenta un perfil mixto, subjetivo-objetivo, atendiendo a la

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

gravedad del hecho –menor antijuricidad de la acción, no necesariamente vinculada a la modestia de la cantidad de droga objeto de tráfico- y a las circunstancias personales del culpable –culpabilidad más matizado y complejo, pero por esa misma razón más difícil de reducir por medio de la interpretación jurisprudencial a criterios ciertos y seguros de aplicación.

Desde la propia Sala II del Tribunal Supremo no han faltado voces críticas a la propuesta elegida por el legislador, y así la **Sentencia 30 de julio de 2012**¹⁴⁶ nos revelaba que “no es fácil determinar la naturaleza jurídica del párrafo 2º del art. 368 C.P, pero si atendemos a los antecedentes legislativos, resulta obvio que el legislador quiso acotar dentro del amplio campo de la tipicidad una serie de conductas, que por su nimia gravedad o relevancia, no merecían someterse a las rigurosas penas señaladas por la ley (antes de 3 a 9 años, ahora, después de la reforma de la L.O. 5/2010, de 3 a 6 años).

Para ello es indudable que no acudió, como hubiera sido deseable, a una delimitación típica o descripción tipológica precisa y concreta, respetuosa con el principio de legalidad (*lex stricta, lex certa*), valiéndose de conceptos normativos genéricos, reñidos con el principio de seguridad jurídica y de taxatividad de los tipos.”

Pero el reproche al legislador ha de verse atenuado, ante la dificultad de establecer de modo tajante un subtipo atenuado, con el riesgo de incluir en el mismo supuestos que no merecen la atenuación o de excluir la subsunción en hipótesis que sería procedente.

B. REQUISITOS PARA SU APRECIACIÓN

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 652/2012 (Sala de lo Penal), de 30 de julio (RJ 2003/8633); Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramon Soriano Soriano

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

I. ESCASA ENTIDAD DEL HECHO

El propio Tribunal Supremo a la hora de abordar la interpretación que cabía dar al nuevo precepto incluido en el art. 368 Código Penal, nos recordaba que la técnica legislativa empleada no era novedosa, ya que otros tipos delictivos de nuestro Código Penal hacen una previsión similar, otorgando al Juez o Tribunal parecidas facultades discrecionales en la individualización de las penas. Así, una de las primeras Sentencias¹⁴⁷ dictadas por la Sala II sobre esta materia, hacía referencia expresa a otros delitos:

Varios preceptos del Código Penal ya habían atribuido al Juzgador parecidas facultades discrecionales en la individualización de las penas. Así en la regla 6ª del artículo 66.1 se dispone que cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho; en el delito de lesiones, el apartado segundo del artículo 147 contiene también un subtipo atenuado en el que se dispone que no obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido; el apartado cuarto del artículo 153, en las lesiones relacionadas con la violencia de género, expresa que no obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado; el apartado sexto del

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 32/2011 de 18 de enero - Ponente: Excmo Sr. Carlos Granados Pérez

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

artículo 171 que regula las amenazas en relación a la violencia de género dispone que no obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado; el apartado cuarto del artículo 242, en el delito de robo, se dispone que en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores; el artículo 318, apartado sexto (ahora quinto por Ley Orgánica 5/2010) dispone que los Tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrá imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada; el artículo 565, en el delito de tenencia ilícita de armas, establece que los Jueces o Tribunales podrán rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido definiendo a lo largo de estos años qué debemos entender por “escasa entidad del hecho”. Quizá una de las primeras resoluciones sobre la aplicación el entonces novedoso subtipo atenuado del art. 368 del Código Penal lo sea la **Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2011**¹⁴⁸:

¹⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 32/2011 (Sala de lo Penal), de 25 de enero (RJ 2011/314); Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez.

la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

La gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta “gravedad” habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer

En relación al delito de tráfico de drogas, tiene declarado que se produce esa menor gravedad cuando se trata de la venta de alguna o algunas papelines de sustancias tóxicas llevada a cabo por un drogodependiente (Cfr. Sentencia 927/2004, de 14 de julio).

En la sentencia citada, nos encontramos con un vendedor de papelines, que constituye el último eslabón en la venta al menudeo,

aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta regla 6ª (antigua) regla primera del art. 66, sino de las restantes reglas (Cfr . Sentencia 480/2009, de 22 de mayo (RJ 2010, 662)); en relación al delito de tráfico de drogas, tiene declarado que se produce esa menor gravedad cuando se trata de la venta de alguna o algunas papelines de sustancias tóxicas llevada a cabo por un drogodependiente (Cfr. Sentencia 927/2004, de 14 de julio (RJ 2004, 4208)

En el mismo sentido Sentencia del Tribunal Supremo núm. 76/2011 (Sala de lo Penal), de 13 de junio (RJ 2011/1957); Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Verdugo y Gómez de la Torre, ante un supuesto de venta en numerosas ocasiones de cocaína a testigo y en otras la había invitado a consumir, ocupándose en el domicilio tres bolsitas con cocaína y una báscula de precisión impregnada de polvo blanco y rollo de alambre con el que se cierran las bolsas que contienen cocaína

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

siendo poseedor de escasa cantidad de sustancias estupefacientes y padeciendo drogodependencia por su adicción a tales sustancias.

Ya será a través de Sentencias posteriores, sin todavía una definición clara del concepto “escasa entidad del hecho”, a través de la casuística emanada de los supuestos de hechos sometidos a la consideración el Tribunal Supremo, nos permitirán tomar una idea de lo que el Alto Tribunal consideraría encuadrable dentro del segundo párrafo de art. 368 Código Penal. Así, en **Sentencia de 17 de febrero de 2011**¹⁴⁹, se llega a afirmar que “en el plano objetivo, la escasa entidad del hecho se hace presente en el factum. Se trata de un acto de venta ocasional, limitado al intercambio de dos papelinas valoradas en 20 euros con una composición, sobre todo una de ellas, de limitada significación cualitativa.

No será hasta el año 2012 cuando empecemos a encontrarnos con sentencias más explicativas de lo que debemos entender por escasa entidad del hecho. La **Sentencia del Tribunal Supremo 652/2012 de 27 de julio**¹⁵⁰, la que ofrece una mayor concreción del concepto:

¹⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 103/2011 (Sala de lo Penal), de 17 de febrero (RJ 2011/1957); Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez:

El vigente art. 368, párrafo segundo –nada ajeno en su inspiración al criterio proclamado por esta misma Sala en su acuerdo de Pleno no jurisdiccional fechado el día 25 de octubre de 2005- otorga al órgano decisorio una facultad discrecional que le autoriza a degradar la pena. Sin embargo, como decíamos en la Sentencia del Tribunal Supremo 33/2011, 26 de enero, esa facultad tiene carácter reglado, en la medida en que su corrección se asocia a dos presupuestos de hecho, uno de naturaleza objetiva, el otro de carácter subjetivo (“...la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable”) y, por tanto, es susceptible de impugnación casacional. De ahí que la falta de relevancia del hecho imputado o la excepcionalidad de las circunstancias que concurran en el sujeto activo, han de constar expresamente en el juicio histórico o, cuando menos, deducirse de la resolución recurrida. De lo que se trata, en fin, es que la motivación del proceso de individualización de la pena se ajuste a los parámetros constitucionales que esta Sala viene exigiendo para colmar el derecho constitucional a una resolución motivada de forma razonable (art. 24.1 de la CE).

¹⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 652/2012 (Sala de lo Penal), de 27 de julio (RJ 2012/8404); Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

*“La "escasa entidad del hecho" debe relacionarse con la menor gravedad del injusto típico, por su **escasa afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, salud pública colectiva.***

Como se sugiere en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9.6.2010 , en la que se invoca la "falta de antijuridicidad y de afectación al bien jurídico

*protegido", siendo la antijuridicidad formal la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico representado por el precepto penal y la antijuridicidad material la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido, **la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor y, en concreto, con la superación mínima o relevante de la llamada dosis mínima psicoactiva, de manera que cuanto menor sea la cantidad y calidad de la droga poseída con finalidad típica, menor será la entidad o gravedad del hecho.** Así, **cantidades muy próximas a la dosis mínima psicoactiva o en cualquier caso de muy escasa relevancia***

En el presente caso se trata de una entrega de 0,548 gr de cocaína con una pureza del 63,48 % más otras 3 papelinas de 2,926 gr con una pureza del 64,34 % que tiró, y además es reincidente. La cantidad dista de la establecida como dosis mínima psicoactiva que es 0,050 gr para la cocaína.

Similar expresión utiliza la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 738/2012 (Sala de lo Penal), de 8 de octubre (RJ 2012/9093); Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

Los delitos contra la salud pública para los cuales está prevista esta especial atenuación (que se configura como subtipo privilegiado en función de las circunstancias que se exigen para su aplicación), son fundamentalmente el pequeño tráfico de sustancias estupefacientes a terceros, y la escasa posesión de tales sustancias preordenada a dicho tráfico.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

cuantitativa y cualitativa se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido.”

A partir de este momento, el concepto “escasa entidad del hecho” entra en íntima conexión con otros conceptos que ya hemos analizado en el presente trabajo, como el de ***cantidad, calidad y dosis mínima psicoactiva.***

El régimen competencial previsto en nuestra legislación procesal, había obstaculizado el acceso al Tribunal Supremo de casos relativos al tráfico de pequeñas cantidades de hachís, por lo que conocer la aplicación de la interpretación jurisprudencial sobre estas sustancias ha sido muy puntual. Y entre esas pocas resoluciones que conocemos entorno al concepto “escasa entidad del hecho” y el hachís, nos encontramos con la **Sentencia 506/2012 de 11 junio**¹⁵¹.

En esta Sentencia se reconoce que la aplicabilidad del precepto estudiado será más frecuente en el tráfico de sustancias como la cocaína o la heroína que con el hachís. Además, la escasa la entidad de un acto de tráfico de hachís la plantea desde un único criterio puramente cuantitativo, proponiendo el establecimiento de una regla de tres, en la que toma como referencia las cantidades de droga referidas a precedentes jurisprudenciales en los que aplicó el apartado segundo del art. 368 Código Penal, y las relaciona con las cantidades establecidas jurisprudencialmente como de notoria importancia para esas sustancias. El resultado de esta operación arrojará un porcentaje que será aplicado al hachís en relación con la cantidad de notoria importancia prevista para esta sustancia. Es decir, si para la cocaína tenemos precedentes de aprehensión de 0,75 gr en los que se ha apreciado la aplicación del 368

¹⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 506/2012 (Sala de lo Penal), de 11 de junio; Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

párrafo segundo del código penal, y esta cifra el el 10% de lo considerado como de notoria importancia para esta sustancia, para el hachís podrá considerarse encuadrable dentro del subtipo atenuado los supuestos de trafico de cantidades próximas a 250 gr, que supone el 10% de la cantidad determinada como de notoria importancia para esta droga.

“En efecto si atendemos a las cifras que esta Sala ha fijado para graduar la cantidad de notoria importancia a los efectos del art. 369.1.5 (Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001) y a partir de ellas realizamos los correctivos oportunos, tendremos que si 2.500 gr. de haschís es el peso que se corresponde con 750 gr. de cocaína o 300 gr. de heroína (pura en ambos casos); 190 gr. de haschís sería el equivalente aproximadamente a 57 gr. de cocaína; o a 22,8 gr. de heroína. Con pesos muy inferiores esta Sala ha rechazado el subtipo atenuado (por todas, SSTribunal Supremo 111/2012, de 6 de marzo, 323/2012, de 19 de abril, o 86/2012, de 15 de febrero). Podrá argüirse que son más lesivas para la salud la heroína o la cocaína. Pero eso ya está valorado por el legislador al diferenciar las penas del tipo básico. A los fines de decidir cuándo por su escasa cuantía el tráfico de haschís puede llevarnos al art. 368.2º, es un referente equilibrado esa ecuación: operar con los precedentes jurisprudenciales que serán mucho más frecuentes referidos a sustancias que causan grave daño a la salud y buscar las equivalencias partiendo de las cifras fijadas en relación al art. 369.1.5ª.”

Aunque hasta el momento las resoluciones del Tribunal Supremo vinculaban el concepto “escasa entidad del hecho” a un criterio cuantitativo, seguiríamos con la inseguridad jurídica en la determinación de esa cuantía, a falta de un consenso en la propia Sala II sobre ello, como por el contraria si que ocurre con los conceptos de notoria

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

importancia o dosis mínima psicoactiva, en los que las cantidades quedan perfectamente cuantificadas a través de sendos Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional.

El acercamiento más próximo a esa determinación de la cantidad para entender que nos encontramos ante un hecho de escasa entidad lo ha hecho la antes citada Sentencia del Tribunal Supremo, en la que se afirmaba que habrá que atenerse como parámetro a considerar, la proximidad de la cantidad de droga objeto de tráfico a la cantidad prevista como de dosis mínima psicoactiva. Pero lo cierto es que a través de la Sentencia del **Tribunal Supremo de 5 de abril de 2013**¹⁵², comienza la

¹⁵² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 270/2013 de 5 de abril - Ponente: Excmo Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón:

Acudiendo a nuestra reciente doctrina podemos apreciar que en la sentencia de esta Sala 38/2012, de 2 de febrero, se aplica la escasa entidad en un supuesto de ocupación al condenado de dos bolsas conteniendo una cantidad neta de "unos tres gramos de cocaína, aproximadamente".

En la Sentencia del Tribunal Supremo 49/2012, también de 2 de febrero, se aprecia la aplicación del art. 368.2º en un supuesto de "venta de una papelina y aprehensión de cinco más", con una cantidad bruta de 2'539 gramos de cocaína al 39'6% de pureza (peso neto 0'576 gramos).

En la Sentencia del Tribunal Supremo 52/2012, también de 2 de febrero, se aplica la escasa entidad en un supuesto de venta de dos bolsitas conteniendo cocaína y ocupación de otras cinco bolsitas en el domicilio, con un peso total de 3'5 gramos de cocaína y un porcentaje de pureza del 32'40% (1,134 gramos de peso neto).

En la Sentencia del Tribunal Supremo 30/2012, de 23 de enero, se aplica el art. 368 2º en un caso de ocupación de una piedra de cocaína de 5'970 gramos con una riqueza del 24'55%, es decir 1'48 gramos de cocaína en peso neto, y en la Sentencia del Tribunal Supremo 387/2012, de 25 de mayo, en un caso de 4,30 gramos de cocaína, con una pureza del 26,9 % (1,156 gramos netos).

En la Sentencia del Tribunal Supremo 94/2013, de 14 de febrero, se aplica la escasa entidad en un caso de ocupación de 0,43 gramos de cocaína al 36,4%, equivalente a 0,1562 gramos netos, pese a lo duplicidad de antecedentes penales por este delito.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 26/2013, de 23 de enero, se aplica la escasa entidad en un caso de ocupación de 0,59 gramos netos de cocaína.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 973/2012, de 18 de diciembre, se aplica la escasa entidad en un caso de ocupación de cuatro papelinas de cocaína con 0,70 gramos netos.

Sin embargo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 900/2012, de 19 de noviembre, se descarta la posibilidad de aplicar la escasa entidad en un

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

Sala II a precisar ese límite cuantitativo necesario para la aplicación del subtipo atenuado del art. 368 Código Penal **previando como límite el equivalente a 50 veces la dosis mínima psicoactiva:**

*“Ha de estimarse, en consecuencia, que los supuestos de escasa entidad en los casos de ventas aisladas de papelinas en la vía pública que pueden identificarse con el último escalón del tráfico, abarcan, conforme a los casos ya resueltos por la doctrina de esta Sala, supuestos de ocupación de cocaína que van, en su margen mínimo, desde una cantidad ligeramente superior a la dosis mínima psicoactiva (0,05 gramos), pues por debajo de dicha cifra el hecho es atípico, y en su margen más elevado, hasta un límite máximo de 2,5 gramos netos, es decir aproximadamente diez papelinas de 0,5 gramos, **equivalente a 50 veces la dosis mínima psicoactiva**, dependiendo, en todo caso, del conjunto de circunstancias concurrentes.”*

Pero lo cierto es que esta línea jurisprudencial sobre la que la definición de escasa entidad descansa en un puro criterio cuantitativo, no ha sido la única que ha generado la Sala II del Tribunal Supremo. No siempre escasa entidad será escasa cantidad, como lo afirma la **Sentencia 869/2012 de 31 de octubre**¹⁵³, sino que también se podrá

supuesto de venta de 3,57 gramos netos de cocaína, por estimar que podrían servir para preparar más de setenta veces la dosis mínima de pureza establecida por esta Sala Casacional (0,05 gramos de cocaína).

Ha de estimarse, en consecuencia, que los supuestos de escasa entidad en los casos de ventas aisladas de papelinas en la vía pública que pueden identificarse con el último escalón del tráfico, abarcan, conforme a los casos ya resueltos por la doctrina de esta Sala, supuestos de ocupación de cocaína que van, en su margen mínimo, desde una cantidad ligeramente superior a la dosis mínima psicoactiva (0,05 gramos), pues por debajo de dicha cifra el hecho es atípico, y en su margen más elevado, hasta un límite máximo de 2,5 gramos netos, es decir aproximadamente diez papelinas de 0,5 gramos, equivalente a 50 veces la dosis mínima psicoactiva, dependiendo, en todo caso, del conjunto de circunstancias concurrentes.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

aplicar el subtipo atenuado cuando se aprecie **una participación de muy escasa entidad**, en una actividad de tráfico realizada por un tercero, aun cuando a ésta última actividad no le pueda ser aplicable la calificación de escasa entidad.

“La regulación del párrafo segundo del art 368 no excluye los casos en que el hecho enjuiciado, que es el que se atribuye específicamente al recurrente, consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico realizada por un tercero, aun cuando a ésta última actividad no le pueda ser aplicable la calificación de escasa entidad.”

¹⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 869/2012 de 31 de octubre – RJ 2013/1447 - Ponente: Excmo Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón:

La entencia de esta Sala núm. 506/2012, de 11 de junio (RJ 2012, 8385) , ya ha apreciado esta posibilidad como factible, aun sin aplicarla específicamente al caso enjuiciado, al señalar que el párrafo segundo del art 368 no " alude a la cantidad de droga, sino a la entidad del hecho. No estamos ante la contrapartida del subtipo agravado de "notoria importancia" (art. 369.1.5ª). Hay que evitar la tentación de crear una especie de escala de menos a más: cantidad por debajo de la dosis mínima psicoactiva (atipicidad); escasa cuantía (368.2º); supuestos ordinarios (tipo básico: art. 368.1º); notoria importancia (art. 369.1.5ª); y cantidad superlativa (art. 370). El art. 368.2º se mueve en otra escala no coincidente con esa especie de gradación. Así viene a demostrarlo la posibilidad legal, introducida durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, de aplicarlo a los casos del art. 369 y entre ellos, al menos por vía de principio, a supuestos en que la cantidad sea de notoria importancia. No se está hablando de "escasa cantidad", sino de "escasa entidad". Hay razones diferentes al peso reducido que pueden atraer para el hecho la consideración de "escasa entidad" (sin afán de sentar conclusión alguna, se puede pensar en labores secundarias; facilitación del consumo a través sencillamente de informaciones sobre lugares de venta; tareas de simple vigilancia realizadas por alguien externo al negocio de comercialización ; suministro de droga por unas mal entendidas motivaciones compasivas; actuación puntual y esporádica que no supone dedicación y ajena a móviles lucrativos...)"

Añadiendo más adelante esta misma resolución núm. 506/2012, de 11 de junio, que " Lo subjetivo es en muchos casos también un aspecto relevante del "hecho". Precisamente por eso por vía de principio no se encuentra impedimento alguno para que los partícipes en un mismo delito no respondan en virtud del mismo título. Son imaginables supuestos en que uno de los coautores (por la consideración objetiva de su aportación; o sus móviles) se haga acreedor de la atenuación del art. 368.2º; y otro, en cambio, responda por el tipo ordinario (por su intención, su papel más protagonista, su habitualidad en la actividad; o incluso el obstáculo que surge de una circunstancia personal)".

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Desde el punto de vista del sentido y finalidad de la norma tampoco existe obstáculo alguno para esta aplicación, pues es indudable que esta finalidad es la adecuación de la pena al principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta el límite mínimo señalado por el Legislador para los supuestos en que las conductas enjuiciadas se refieran a cocaína, como es el caso actual, límite de tres años de prisión que no admite la posibilidad de suspensión de condena. Parece claro que el objetivo del Legislador que es el de evitar el ingreso ineludible en prisión de delincuentes primarios por comportamientos de escasa entidad, se cumple en estos supuestos de mínima participación.”

En el mismo sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2013¹⁵⁴, a mi juicio, acercando el concepto de escasa entidad del hecho a la realización de actividades que sin ser constitutivas de complicidad, se encuentren próximas a esa calificación.

Pero la Ley no se refiere a "escasa cantidad", sino a "escasa entidad", por lo que puede haber razones diferentes al peso reducido de la sustancia objeto de tráfico que pueden atraer para el hecho la consideración de "escasa entidad", como por ejemplo **la realización de actividades secundarias no constitutivas de complicidad**. La regulación del art 368 2º no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a ésta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad (Sentencia del Tribunal Supremo 506/2012, de 11 de junio y 869/2012, de 31 de octubre .

¹⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 270/2013 de 5 de abril - Ponente: Excmo Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

II. REFERENCIA A LA NOTORIA IMPORTANCIA (ART. 369.5)

La redacción dada al precepto, permite degradar la pena no sólo del tipo básico del artículo 368, sino también la de los supuestos agravados del artículo 369, excluyéndose el uso de dicha facultad de atenuación si concurre alguna de las circunstancias de los artículos 369 bis y 370.

Existen sectores doctrinales¹⁵⁵ que se han cuestionado si la aplicación del subtipo atenuado es compatible con la concurrencia de alguna circunstancia agravante del art. 369 Código Penal, que no ha sido excluida expresamente, como pudiera ser la de notoria importancia, al

¹⁵⁵ REY HUIDOBRO, Luis Fernando. La reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en materia de tráfico de drogas. Revista Aranzadi Doctrinal num.8/2010.(BIB 2010 2246).

La redacción dada al precepto, permite degradar la pena no sólo del tipo básico del artículo 368, sino también la de los supuestos agravados del artículo 369, excluyéndose el uso de dicha facultad de atenuación si concurre alguna de las circunstancias de los artículos 369 bis y 370. Cabría inicialmente pensar que esta previsión es contradictoria y va contra el espíritu que inspira la reforma, que no es otro que mitigar el rigor punitivo existente hasta la fecha, pero sólo para los supuestos de menor entidad, y los del artículo 369 no lo son, sin embargo, pienso que esto no es así, ya que como ha puesto de manifiesto algún autor acertadamente, las circunstancias descritas en el artículo 369 no siempre han de ser incompatibles con la necesidad de una atenuación. Será difícil apreciarla en circunstancias tales como la 5ª, consistente en revestir la droga la cualidad de la notoria importancia, por la gravedad que en estos casos suelen revestir los hechos; sin embargo, sí será más fácil tenerla en cuenta en otras circunstancias que miran sobre todo a los lugares de distribución de la droga, como la 3ª, consistente en que los hechos se realicen en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos, o la 7ª, consistente en tener lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades (por ejemplo, introducir una pequeña cantidad de cocaína en un centro penitenciario), conductas éstas que con la aplicación de la atenuación mencionada, pasarían a castigarse con penas de tres a seis años de prisión, en lugar de los seis a nueve que se habrían de imponer en otro caso, es decir, que de ese modo, la sanción parece adecuarse más a la gravedad que representa el delito en cuestión .

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

atentar contra el espíritu de la norma. Pero lo cierto es que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha entendido que existe incompatibilidad entre los conceptos “escasa entidad del hecho” y las circunstancias agravantes del art. 369 Código Penal. Podemos citar la **Sentencia del Tribunal Supremo 30 de abril de 2013**¹⁵⁶, en la que se declara **incompatible la aplicación del tipo privilegiado del artículo 368.2 del Código Penal, con la venta llevada a cabo en un establecimiento público** (en este caso sí se aplicó la agravante), puesto que presupone la utilización del establecimiento al servicio del tráfico ilícito, lo que implica una actividad a lo largo del tiempo y no un acto episódico.

Desde las primeras resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo, incluso desde una argumentación errónea ya se descartaba la posible aplicación de la nueva norma a los supuestos de notoria importancia. Así la Sentencia Tribunal Supremo 15/02/2011¹⁵⁷ afirmaba que “no se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los arts 369 bis y 370”. **Y el caso es que, como ya vimos, concurren “organización” y “notoria importancia”.** Decimos que se rechaza la posibilidad de aplicación del subtipo atenuado al concurrir notoria importancia desde un planteamiento erróneo porque

¹⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 270/2013 de 30 de abril - Ponente: Excmo Sr. Joaquín Jiménez García:

En el presente caso no se está ante una venta esporádica en el locutorio sino que el locutorio ha sido puesto al servicio del tráfico de drogas, lo que se acredita por la numerosa "clientela" que está acreditado por las vigilancias policiales previas y el hecho de ir una persona a comprar hachís mientras se llevaba a cabo el registro, así como el lugar donde estaba el hachís, parte en el interior de una de las cabinas que tenía el cartel de "no funciona".

Por lo que se refiere a la no aplicación del tipo privilegiado del párrafo 2º del art. 368 Cpenal , es patente la incompatibilidad conceptual de aplicar tal tipo privilegiado cuando se aplica el subtipo de venta en establecimiento público precisamente porque tal subtipo exige una cierta habitualidad como ya se ha dicho y no una mera venta episódica.

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 79/2011 de 15 de febrero - Ponente: Excmo Sr. Francisco Monterde Ferrer

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

como la propia resolución dice, existe una imposibilidad de aplicar el subtipo privilegiado cuando concurre alguna circunstancia del art. 369 bis y 370 Código Penal, y la notoria importancia no es una circunstancia que se encuentre en ese precepto, sino que se recoge en el art. 369.5 Código Penal.

Otro ejemplo que nos muestra el parecer del Alto Tribunal sobre la incompatibilidad del art. 368 párrafo segundo Código Penal y el art. 369 del mismo código es la **Sentencia del Tribunal Supremo 27/07/2012**¹⁵⁸ en la que se pone como ejemplo el caso de un adicto que se costease su adicción cometiendo un delito contra la salud pública en cantidad de notoria importancia, concluyendo que no podría aplicarse el precepto estudiado, pues **la culpabilidad podría ser menor, pero no la antijuridicidad del hecho.**

Estas resoluciones chocan frontalmente con esa doctrina de la propia Sala II del Tribunal Supremo que hemos citado, en la que se nos decía que escasa entidad del hecho no tiene que corresponderse necesariamente con escasa cantidad, sino que también podría darse en aquellos casos de “escasa participación”. Pero lo que es más llamativo es que también se enfrenta esta doctrina a la propia literalidad de la norma, que excluye de manera expresa la aplicabilidad del art. 368 párrafo segundo en los supuestos en que concurre alguna circunstancia de los arts. 369 bis y 370 Código Penal, pero no del art. 369 Código Penal, y cualquiera que sea el espíritu de la norma, si el legislador hubiese querido decretar la incompatibilidad del subtipo atenuado con el art. 369 Código Penal lo habría hecho de manera expresa.

Aunque ha sido difícil encontrar algún supuesto en el que se ha apreciado como de escasa entidad del hecho cuando ha concurrido

¹⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 653/2013 de 27 de julio - Ponente: Excmo Sr. Julian Artemio Sánchez Melgar

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

“notoria importancia”, alguna resolución¹⁵⁹ del Tribunal Supremo ha reflexionado sobre la cuestión, reconociendo que no existe imposibilidad legal para su aplicación, pero concluyendo finalmente que la cantidad es un punto de referencia nítido de la ley.

“Hay que advertir que la norma no alude a la cantidad de droga, sino a la entidad del hecho. No estamos ante la contrapartida del subtipo agravado de "notoria importancia" (art. 369.1.5ª). No es factible crear una especie de escala de menos a más: cantidad por debajo de la dosis mínima psicoactiva (atipicidad); escasa cuantía (368.2º); supuestos ordinarios (tipo básico: art. 368.1º); notoria importancia (art. 369.1.5ª); y cantidad superlativa (art. 370). El art. 368.2º se mueve en otro plano no coincidente con esa especie de gradación.

Así viene a demostrarlo la posibilidad legal, introducida durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, de aplicarlo a los casos del art. 369 y entre ellos, al menos por vía de principio, a supuestos en que la cantidad sea de notoria importancia. No se está hablando de "escasa cantidad", sino de "escasa entidad". Hay razones diferentes al peso reducido que pueden atraer para el hecho la consideración de "escasa entidad" (sin afán de sentar conclusión alguna, se puede pensar en labores secundarias; facilitación del consumo a través sencillamente de informaciones sobre puntos de venta; tareas de simple vigilancia realizadas por alguien externo al negocio de comercialización; suministro de droga por unas mal entendidas motivaciones compasivas; actuación puntual y esporádica que no supone dedicación y ajena a móviles lucrativos...).

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 705/2012 de 27 de septiembre - Ponente: Excmo Sr. Antonio del Moral García

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Pero siendo necesaria la aclaración anterior, también hay que proclamar que la cuantía es uno de los criterios -no el único- que la ley toma en consideración para medir la gravedad de los delitos de tráfico de drogas. Lo evidencia la gradación que se acaba de hacer supra al dictado de los subtipos agravados de los arts. 369 bis y 370. No es el único parámetro para evaluar la gravedad (se maneja también la naturaleza de la sustancia -mayor o menor afectación de la salud-, los medios utilizados, la intervención plural organizada o puramente individual, las condiciones del destinatario de la droga...). Pero indudablemente la cantidad es un punto de referencia nítido para la ley. De ahí que uno de los principales datos que pueden llevar al intérprete a estimar en materia de delitos contra la salud pública que el hecho tiene "escasa entidad" será justamente la reducida cuantía de la droga manejada. Y ese elemento es el usado con mayor frecuencia en la ya prolija jurisprudencia recaída en torno a este precepto pese a su vigencia no muy dilatada en el tiempo (no llega a dos años)."

En resoluciones como la **Sentencia del Tribunal Supremo 873/2012, de 5 de noviembre**¹⁶⁰, se comienzan a consolidar unos

¹⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 873/2012 de 5 de noviembre - Ponente: Excmo Sr. Cándido Conde-Pumpido Touron:

1º) El nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal constituye un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional.

2º) Concorre la escasa entidad objetiva cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como "el último escalón del tráfico".

3º) La regulación del Art. 368 2º no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a ésta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad.

4º) Las circunstancias personales del culpable se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

parámetros doctrinales sobre la materia, resumiéndose los supuestos en los que ya cabría la aplicación del nuevo precepto introducido en el art. 368 Código Penal, resumiéndose los supuestos en los que cabría entenderse que estamos ante un hecho de “escasa entidad”:

a) Concorre la escasa entidad objetiva cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como "el último escalón del tráfico".

b) La regulación del Art. 368 2º no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a ésta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad.

C. CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL CULPABLE

psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social.

5º) Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no está condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable.

6º) La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista objetivo, para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo.

7º) Cuando, además de la condena que determina la aplicación de la reincidencia, concurren otras condenas por la misma actividad delictiva de tráfico de estupefacientes, la acusada peligrosidad del culpable desde la perspectiva de la tutela del bien jurídico protegido por los delitos contra la salud pública, con una dedicación prolongada a dicha actividad, no justifica la aplicación del subtipo desde la perspectiva del sentido y finalidad de la norma.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Otro de los elementos a considerar para aplicar el art. 368 Código Penal en su párrafo segundo, son las circunstancias personales del culpable. La jurisprudencia también ha ido perfilando con el paso de los años cuáles serían esas circunstancias a considerar, y otra vez, no sin incurrir en contradicciones en algunos casos. De hecho, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2012¹⁶¹ en la que se declara que “las circunstancias que sean valoradas en el ámbito del subtipo atenuado no podrán contemplarse como circunstancias independientes. También parece que las circunstancias personales del subtipo atenuado deben ser distintas de aquellas que se configuren como atenuantes o agravantes en el Código Penal”. Llama la atención que se realice esta afirmación cuando tanto la propuesta, el espíritu y la finalidad de la norma era el de mitigar el rigor punitivo en los casos de pequeño traficante-consumidor que menudea con droga con el fin de procurarse un autoconsumo.

Es cierto también que esta resolución nos ofrece un criterio a considerar, y afirma que “podía ser una circunstancia valorable en el

¹⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 653/2013 de 27 de julio - Ponente: Excmo Sr. Julian Artemio Sánchez Melgar.

En cuanto a la "menor culpabilidad", las circunstancias personales del autor, nos obligan a ponderar todas las circunstancias subjetivas del culpable que permitan limitar su reprochabilidad personal por haber cometido el hecho antijurídico, en el bien entendido supuesto de que, dada la prohibición de doble valoración o desvaloración del artículo 67 Código Penal, las circunstancias que sean valoradas en el ámbito del subtipo atenuado no podrán contemplarse como circunstancias independientes. También parece que las circunstancias personales del subtipo atenuado deben ser distintas de aquellas que se configuren como atenuantes o agravantes en el Código Penal. En el informe del CGPJ al Anteproyecto de 2006, que presentaba una redacción semejante al subtipo actual, se llamaba la atención como prototípica a la situación subjetiva de quien siendo adicto vende al menudeo para sufragarse su adicción. Ésta, en efecto, podía ser una circunstancia valorable en el ámbito del subtipo, como el hecho de que se tratase de la primera actuación delictiva sin poseer antecedentes por el delito contra la salud pública ni por cualquier otro y en general otras situaciones en que la exigibilidad del comportamiento de respeto a la ley fuese menos intensa, aunque no concurriesen propiamente los presupuestos de las causas de inimputabilidad o de inculpabilidad

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

ámbito del subtipo, como el hecho de que **se tratase de la primera actuación delictiva sin poseer antecedentes por el delito contra la salud pública ni por cualquier otro** y en general otras situaciones en que la exigibilidad del comportamiento de respeto a la ley fuese menos intensa, aunque no concurriesen propiamente los presupuestos de las causas de inimputabilidad o de inculpabilidad.”

Pero no podemos abandonar la contradicción en la que incurre la Sala II al excluir la posibilidad de aplicación del tipo atenuado cuando sea aplicable alguna circunstancia atenuante. Ya desde la Sentencia de 25 de enero de 2011¹⁶² se identifica directamente menor culpabilidad con la situación de drogodependencia. Recordemos: “En relación al delito de tráfico de drogas, tiene declarado que se produce esa menor gravedad cuando se trata de la venta de alguna o algunas papelinas de sustancias tóxicas llevada a cabo por un drogodependiente (Cfr. Sentencia 927/2004, de 14 de julio;

De igual forma, a través de esta resolución hemos podido conocer que cuando se habla de “circunstancias personales del delincuente, está pensando, como es lógico, en situaciones, **datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social**, son factores que no sólo permiten sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, sin olvidar la incidencia que, por su cuenta, puedan tener, además, la mayor o menor gravedad del hecho, que

¹⁶² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 32/2011 (Sala de lo Penal), de 25 de enero (RJ 2011/314); Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

debe ser medida no sólo con criterios cuantitativos sino también cualitativos (Cfr. Sentencia 927/2004, de 14 de julio).”

Otras resoluciones que nos ofrece ese catálogo de circunstancias personales a tener en cuenta, es la Sentencia del Tribunal Supremo 8 de octubre de 2012¹⁶³ en la que se expresa que “Constituyan elementos criminológicos que determinen la escasa peligrosidad del sujeto, su adicción a las sustancias estupefacientes, o su marginalidad social a causa de la funcionalidad del delito”

Adentrándonos en la casuística, la Sentencia del Tribunal Supremo 17/02/2011¹⁶⁴ analiza un supuesto en el que “la dependencia histórica respecto de opiáceos –hecho descrito por la sentencia recurrida en el FJ 5º de la sentencia cuestionada que, sin embargo, no da por acreditada la influencia que ese hecho pudo haber tenido en la imputabilidad del acusado- **y la edad del recurrente –próxima a los 70 años de edad-**, son elementos de juicio que aconsejan la rebaja prevista en el art. 368 párrafo 2º del Código Penal.

I. ESPECIAL REFERENCIA A LA REINCIDENCIA

Desde ahora podemos adelantar que desde un inicio la Sala II del Tribunal Supremo ha considerado que la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia no impide la aplicación del subtipo atenuado previsto en el art. 368 Código Penal. Sólo en ocasiones muy contadas ha sido tenida en cuenta esta circunstancia para impedir su aplicación.

¹⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 738/2012 (Sala de lo Penal), de 8 de octubre; Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar.

¹⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 103/2011 (Sala de lo Penal), de 17 de febrero (RJ 2011/1957); Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

El presente caso se trata de una transacción en la que a cambio de 20 euros que paga el comprador, el vendedor le hace entrega de dos envoltorios de heroína que contenían, respectivamente, 0,127 y 0,078 gramos de heroína.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Desde luego, si debemos considerar esas “circunstancias personales del culpable”, y entre ellas la reincidencia cobra irrelevancia, nos resulta muy complicado adivinar cuál sería esa circunstancia cuya concurrencia eliminaría la posibilidad de atenuar la pena en los términos del segundo párrafo del art. 368 Código Penal.

Vemos como desde Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Febrero de 2011¹⁶⁵, el Tribunal Supremo lo ha tenido muy claro:

*Desde el punto de vista de las circunstancias personales del acusado, la apreciación de la agravante de reincidencia no tiene por qué suponer, siempre y en todo caso, un obstáculo para la degradación de la pena. Se oponen a esa regla de exclusión dos ideas básicas. La primera, que el legislador ya se ha encargado de forma expresa de establecer los términos de la incompatibilidad, señalando que esa atenuación está expresamente excluida en los supuestos en que el culpable pertenezca a una organización, utilice a menores de 18 años o disminuidos psíquicos para cometer el delito o se trate de hechos que revistan extrema gravedad (cfr. arts. 369 bis y 370 del Código Penal). El legislador, pues, se ha reservado la facultad de fijar el ámbito de la restricción aplicativa, sin que resulte conveniente su ensanchamiento por vía jurisprudencial. La segunda, que **la agravante de reincidencia no queda neutralizada por el hecho de la aplicación de la novedosa regla del art. 368 párrafo segundo. Antes al contrario, en el marco punitivo que éste autoriza, la pena habrá de ser impuesta en su mitad superior (art. 66.3 del Código Penal). Una interpretación contraria conduciría indefectiblemente a una doble valoración negativa de la reincidencia, actuando como regla de exclusión***

¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 103/2011 (Sala de lo Penal), de 17 de febrero (RJ 2011/1957); Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

de un tipo atenuado y agravando la pena por la imposición de ésta en su mitad superior.

En definitiva, la concurrencia de la agravante de reincidencia supondrá un dato de carácter personal que no podrá ser orillado en la ponderación de la aplicabilidad de la regla de atenuación. Pero su constatación, por sí sola, no implicará un obstáculo para valorar si, pese a ese historial delictivo, concurren otras circunstancias que puedan justificar la reducción de la pena ligada al tipo básico.

En otro caso, la Sentencia del Tribunal Supremo 914/2011, de 20 de julio,¹⁶⁶ resolvió que “aunque el Ministerio Fiscal se opone a la aplicación del párrafo segundo porque el acusado había sido condenado anteriormente por la misma clase de delito, «dicho párrafo excluye su aplicación si concurriera alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los arts. 369 bis y 370. La reincidencia no implica sin más tal exclusión; y su presencia ya ha sido evaluada como agravante».”

Pero **en sentido contrario hemos encontrado alguna resolución concreta**, entre las que podemos citar las siguientes:

La Sentencia del Tribunal Supremo 274/2011, de 13 de abril¹⁶⁷, que declaró que no era posible la aplicación del párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, pues dado que obliga a tener en cuenta las circunstancias personales del culpable, *lo impide la concurrencia de la agravante de reincidencia, habida cuenta, además, del escaso tiempo transcurrido entre la firmeza de la anterior sentencia y la ejecución de los hechos aquí enjuiciados*. Es decir, se toma en consideración la proximidad entre el precedente condenatorio, y el hecho que podría motivar la aplicación del subtipo atenuado.

¹⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 914/2011 (Sala de lo Penal), de 20 de julio (RJ 2011/6169); Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco García Pérez.

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 274/2011 (Sala de lo Penal), de 13 de abril (RJ 2011/3343); Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

En esta misma posición, nos encontramos con la Sentencia del Tribunal Supremo 921/2011, de 16 de septiembre¹⁶⁸, donde se razona que la reincidencia declarada, no se corresponde con las exigencias propias de un supuesto legalmente concebido con carácter excepcional, *toda vez que en esta ocasión el recurrente es reincidente, de modo que no puede hablarse de una conducta "ocasional", como se ha venido teniendo en cuenta en la doctrina de esta Sala como requisito para la aplicación del subtipo atenuado.*

Pero parece que en la actualidad se ha consagrado una línea doctrina dentro del Tribunal Supremo en la que se establece que “la agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista objetivo. Y ello para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo (Sentencia del Tribunal Supremo 1359/2011, de 15 de diciembre , entre otras). Por todas, **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2013.**¹⁶⁹

II. RESUMEN DE LOS PARÁMETROS EXIGIDOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO PARA LA APRECIACIÓN DEL SUBTIPO ATENUADO

Es la propia jurisprudencia¹⁷⁰ del Tribunal Supremo quien se ha encargado de sistematizar y ofrecer en sus resoluciones cuáles serían

¹⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 921/2011 (Sala de lo Penal), de 16 de septiembre (RJ 2011/6595); Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín.

¹⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 270/2013 (Sala de lo Penal), de 5 de abril; Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón

¹⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 873/2012 de 5 de noviembre - Ponente: Excmo Sr. Cándido Conde-Pumpido Touron:

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

esas circunstancias, tanto objetivas como subjetivas, para que el subtipo atenuado pueda ser de aplicación, resumiéndolas en las siguientes:

1º) *El nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal constituye un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional.*

2º) *Concurre la escasa entidad objetiva cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como "el último escalón del tráfico".*

3º) *La regulación del Art. 368 2º no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a ésta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad.*

4º) *Las circunstancias personales del culpable se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social.*

5º) *Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no está condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable.*

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

6º) **La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado**, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista objetivo, para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo.

7º) Cuando, además de la condena que determina la aplicación de la reincidencia, **concurran otras condenas por la misma actividad delictiva de tráfico de estupefacientes, la acusada peligrosidad del culpable desde la perspectiva de la tutela del bien jurídico protegido por los delitos contra la salud pública, con una dedicación prolongada a dicha actividad, no justifica la aplicación del subtipo** desde la perspectiva del sentido y finalidad de la norma.

**III. SOBRE LA CONCURRENCIA DE ANÁLISIS DE LOS
REQUISITOS DE ESCASA ENTIDAD Y CIRCUNSTANCIAS PERSONALES
DEL CULPABLE**

Aunque resulte ocioso, y casi impertinente citar la norma que comentamos, nos vemos en la necesidad de transcribir su dicción para analizar su literalidad:

“los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho **y** a las circunstancias personales del culpable”

Parece evidente que para la aplicación de este subtipo privilegiando, los tribunales deberán analizar esos 2 parámetros. Pues no, para el Tribunal Supremo solo es necesario que concurra una de ellas realizando una interpretación de difícil explicación, y que pasamos a

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

transcribir: “ Otra de las características del subtipo de atenuación facultativa es **la utilización de la conjunción copulativa "y", en lugar de la disyuntiva "o"** Desde luego, **la utilización de la conjunción copulativa permite afirmar que cuando cualquiera de los dos parámetros desaconseje la apreciación del precepto**, por no ser menor la culpabilidad o la antijuridicidad, el párrafo segundo del artículo 368 Código Penal no podría aplicarse.

(...)

Ahora bien, el problema se suscita en aquellos casos en que simplemente es menor la culpabilidad o la antijuridicidad, pero no ambas a la vez, y además el parámetro no concurrente se revelase como inespecífico. **Serían supuestos en que concurre claramente uno de los parámetros, pero el otro, sin ser negativo, resultase simplemente neutro. Entendemos que, en este caso, el Tribunal podrá apreciar la atenuación**, pues el precepto sólo exige que atienda a la "escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del autor", realizando una ponderación completa y conjunta de ambos parámetros, pero sin exigir que concurren ambos, bastando con la concurrencia de uno de ellos y la inoperatividad del otro por resultar inexpresivo. **Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2012¹⁷¹.**

En otras resoluciones como la **Sentencia del Tribunal Supremo 27 de septiembre de 2012¹⁷²** si afirma directamente que **“no es imprescindible la concurrencia de ambas** (SS Tribunal Supremo 32/2011, de 25 de enero ; 51/2011, de 11 de febrero ; y 448/2011, de 19 de mayo , o 570/2012, de 29 de junio, entre otras). El juez o tribunal habrá de atender a ambas cuestiones -escasa entidad del hecho y

¹⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 653/2012 de 27 de julio - Ponente: Excmo Sr. Julián Artemio Sánchez Melgar.

¹⁷² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 705/2012 de 27 de septiembre - Ponente: Excmo Sr. Antonio del Moral García.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

circunstancias personales del culpable-, pero no necesariamente habrá de señalar elementos positivos en ambos ámbitos (uno vinculado a la antijuricidad -escasa entidad-; el otro referido más bien a la culpabilidad – circunstancias personales-). Por eso la aplicación del subtipo es viable **si, constatada la escasa entidad**, se valoran las circunstancias personales y no se encuentra ninguna que desaconseje la atenuación. Sí queda legalmente excluida la atenuación cuando se da alguno de los supuestos de los arts. 369 bis o 370 del Código Penal.”

Pero podríamos plantearos algunos supuestos en los que concurren determinadas circunstancias personales positivas, como pudiera ser el de una persona sin antecedentes penales ni policiales, con una cierta formación y empleo, perteneciente a una familia estructurada y con escasas posibilidades de reincidir en una actividad delictiva, y que por el contrario, no concurriera el requisito de “escasa entidad del hecho”. ¿Cabría la aplicación del art. 368 Código Penal segundo párrafo?. La **Sentencia del Tribunal Supremo 8 de octubre de 2012**¹⁷³ nos despeja las dudas, y afirma que en los casos en que el hecho no revista escasa entidad no puede aplicarse la atenuación:

*La jurisprudencia ha declarado que **basta el primero** y que, respecto al segundo, es suficiente que no actúe por desconocerse tales datos personales o bien constituyan elementos criminológicos que determinen la escasa peligrosidad del sujeto, su adicción a las sustancias estupefacientes, o su marginalidad social a causa de la funcionalidad del delito. **Desde luego, que el subtipo atenuado no podrá apreciarse cuando el hecho no revista esa escasa entidad**, en tanto este dato fundamenta la menor antijuridicidad de la acción, y también hemos declarado que las circunstancias*

¹⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 738/2012 de 27 de octubre - Ponente: Excmo Sr. Antonio del Moral García.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

personales serán todas aquellas que determinen una menor culpabilidad o reprochabilidad en función de la inclinación del sujeto a realizar actos de tráfico o de posesión preordenada al mismo, derivada de la instrumentalización del delito como modo de satisfacción de sus necesidades toxicológicas.

Por último, debemos citar la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 484/2015 de 7 septiembre**¹⁷⁴, en la que se analiza un supuesto con pluralidad de autores, permitiendo distinta calificación para cada uno de ellos, destacando que Es factible ese doble encuadramiento de los hechos (368.1 y 2) respecto a los distintos partícipes en un delito, como éste, de tracto continuado, en atención a la mayor o menor permanencia u ocasionalidad y el carácter más o menos protagonista de la contribución de cada uno de los coautores. Cabe la aplicación individualizada del art. 368.2º CP sólo a alguno o algunos de los partícipes si se constata la escasa entidad de su contribución o su carácter esporádico (SSTS 872/2013, de 31 de octubre [RJ 2013, 8009] o 506/2012, de 11 de junio [RJ 2012, 8385]).

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 484/2015 de 7 septiembre; Ponente: Excmo Sr. Antonio del Moral García.

II.4 LA AGRAVANTE DE IMPORTANCIA NOTORIA

A. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

La circunstancia 5ª del art. 369 del Código Penal, sanciona con pena superior en grado a las señaladas en el artículo 368 y multa del tanto al cuádruplo, cuando se trate de cantidad de “notoria importancia”.

Con el término “notoria importancia” nos encontramos nuevamente ante un concepto jurídico indeterminado, delegando el legislador su determinación en favor de la praxis jurisdiccional¹⁷⁵. La Sala Segunda del Tribunal Supremo, ante la vaguedad del enunciado legal «notoria

¹⁷⁵ Véanse las reflexiones que ofrecía la Circular 1/1984 de la Fiscalía General del Estado, sobre “interpretación del artículo 344 del Código Penal”:

El quantum de la droga poseída no sólo es fundamental para originar actos impunes de tenencia y para construir un elemento del tipo (el ánimo de transmitir en el poseedor), sino que además actúa como circunstancia de decisiva influencia en la penalidad, dado que el párrafo segundo del artículo 344 expresa que cuando la cantidad poseída para traficar fuere de notoria importancia, se impondrán las penas superiores en grado. Así, en la posesión de estupefacientes o psicotrópicos podemos distinguir tres estadios: uno, de pequeña entidad, desenvolviéndose en él la presunción del acto impune de autoconsumo; otro, de grado normal, que conducirá a presumir un ulterior destino de 10 poseído al tráfico, con la consiguiente tipicidad de la conducta, y un tercero de grado mayor con tipicidad cualificada cuyo elemento a ponderar es la posesión de cantidades de «notoria importancia». A pesar de sus graves efectos penológicos esta especie de condición de mayor punibilidad carece de concreción en la norma. Y no es fácil en la práctica establecer límites objetivos inflexibles a partir de los cuales se deba producir el tránsito hacia la pena superior en grado. De nuevo entra en juego el arbitrio judicial, ahora no limitado por las circunstancias del culpable y del hecho, como en el párrafo tercero del derogado artículo 344, sino sólo por la notoria importancia de lo poseído, que equivale a la creación de un riesgo o peligro mayor. Desde luego, esa pena superior ya no está condicionada por la naturaleza de la droga porque procede tanto para las sustancias que causen grave daño a la salud como para las demás. Por tanto, el índice a tener en cuenta es fundamentalmente numérico. Dentro de él no habrá problemas para las grandes cantidades.

Tampoco para las pequeñas. Pero ¿cuándo comienza la cantidad típica de importancia notoria? Es claro que el número variará según la droga de que se trate. El Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de plantearse estas cuestiones y ciertamente las sentencias son contradictorias. He aquí la trayectoria que ha seguido la jurisprudencia. Relativamente al hachís no

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

importancia», ha ido modulando dicha expresión, conforme a la realidad social.

Como señala CALLE RODRÍGUEZ¹⁷⁶, la jurisprudencia ha acudido al análisis de 3 aspectos para llegar a la determinación y aplicación de la agravante de “notoria importancia”:

- a) La nocividad de la droga, debiendo distinguirse entre drogas “duras” y drogas “blandas”.
- b) El peso o cantidad de droga.
- c) El grado de pureza.

Desde un inicio la Fiscalía General del Estado apuntaba que la cantidad de notoria importancia (acto típico cualificado) debe exceder no sólo de la cantidad cuya posesión hace presumir el autoconsumo (acto atípico), sino también superar a aquélla, mucho mayor, que justifica la presunción de actos normales de tráfico (acto típico). Si partiendo del consumo medio de un habitual a la droga y de la cantidad poseída en un momento determinado, se está en disposición de resolver con bastante aproximación sobre las presunciones atípicas (autoconsumo) y típicas (tráfico), para que surjan los hechos constitutivos de la agravante se tendrá presente no sólo el peso sino también, y de modo principal, las dosis que puedan extraerse.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1987¹⁷⁷

¹⁷⁶ CALLE RODRIGUEZ, M.^a Victoria, RAZONES DE LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN CUANTO A LA NOTORIEDAD EN EL DELITO DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPIAS, Diario La Ley, núm. 5477, 7 de febrero de 2002

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Penal), de 11 de diciembre de 1987 (RJ 1987/6344); Ponente: Excmo. Sr. José Jiménez Villarejo

Se trata de una previsión legislativa sobradamente justificada tanto por el riesgo mayor que corre la salud colectiva con una más crecida cantidad de sustancia nociva como por el lugar presumiblemente más importante que ocupan en la cadena del tráfico quienes poseen cantidades especialmente significativas, que ha sido objeto de una matizada interpretación jurisprudencial, a fin de dotar a la categoría «notoria importancia» de una relativa fijeza, sobre la base de dos

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

(RJ 1987/6344) entendía que para dotar a la notoria importancia de la droga de una relativa fijeza hay que atender a dos criterios: «el de la nocividad de la sustancia, puesto que, lógicamente, mientras mayor sea aquella más bajo habrá que situar el límite de la notoria importancia, y el de la cantidad de droga que suele consumirse en cada dosis, magnitud que, por lo general, estará en relación inversa con la toxicidad».

Como se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo 8 de octubre de 1991¹⁷⁸, “hay que atender no sólo a la cantidad de la droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica, sino también a la calidad, es decir, a la riqueza o grade de pureza del principio activo, porque la relación entre ambos delata, en cierta manera, el volumen económico mercantil del comportamiento criminal y el potencial riesgo o daño a terceros, que son factores que inspiran el concepto agravatorio del precepto.

El fundamento de esta agravación se encuentra en la mayor afección al bien jurídico protegido salud pública: a mayor cantidad de drogas tóxicas, mayor es también el riesgo de difusión. Así lo entienden entre otras, las Sentencia del Tribunal Supremo 17 de octubre de 1998¹⁷⁹ («mayor peligro representado por la acción para el bien jurídico protegido por la norma») o la de 22 de diciembre de 1998¹⁸⁰. En el mismo sentido se expresa la Sentencia Del Tribunal Supremo 1427/2000 de 21

criterios fundamentales: el de la nocividad de la sustancia, puesto que lógicamente mientras mayor sea aquella más bajo habrá que situar el límite de la notoria importancia, y el de la cantidad de droga que suele consumirse en cada dosis, magnitud que, por lo general, estará en relación inversa con la toxicidad

¹⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 8 de octubre de 1997 (RJ 1991/7272); Ponente: Excmo. Sr. Francisco Huet García

¹⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 17 de octubre de 1998 (RJ 1998/6878); Ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater.

¹⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 22 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10091); Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

septiembre¹⁸¹.

La definitiva determinación de los márgenes cuantitativos para la subsunción de una conducta en la agravante de “notoria importancia”, la encontramos en la publicación de los Plenos no Jurisdiccionales de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, y en particular en los actualmente vigentes de 19 de octubre de 2001¹⁸² y de 13 de diciembre de 2004¹⁸³.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2001¹⁸⁴ explica el cambio de orientación consistente en la revisión al alza de las

¹⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1427/2000 de 21 de septiembre (RJ 2000\8065); Ponente: Excmo. Excmo. Sr. Joaquín Delgado García.

¹⁸² Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001.

1. La agravante específica de cantidad de notoria importancia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, prevista en el número 3º del artículo 369 del código penal, se determina a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el informe del instituto nacional de toxicología de 18 de octubre de 2001.

2. Para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia se mantendrá el criterio seguido por esta sala de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados.

3. No procederá la revisión de las sentencias firmes, sin perjuicio de que se informen favorablemente las solicitudes del indulto para que las condenas se correspondan a lo que resulta del presente acuerdo.

4. Para facilitar la aplicación de esta agravante específica, según lo acordado, se acompaña un cuadro -sobre la base del remitido por el instituto nacional de toxicología- en el que se determinan las cantidades que resultan de las quinientas dosis, atendido el consumo diario estimado, de acuerdo con el informe de dicho instituto.

¹⁸³ Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2004.

Único Asunto: Sustancia GHB (gammahidroxitirato y ácido gammahidroxitirico). Criterio para poder apreciar la agravante específica de cantidad de notoria importancia.

Acuerdo: Sustancia que debe considerarse causa grave daño a la salud.

La cantidad de notoria importancia debe fijarse en 10.500 gramos de dicha sustancia en estado puro.

Igual criterio debe seguirse para la sustancia denominada gbl, abreviatura de gammabutiro lactona.

¹⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 2027/2001 de 6 noviembre (RJ 2001\7873); Ponente: Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

cantidades de droga destinadas al tráfico para la aplicación de la agravante de notoria importancia, que afecta muy especialmente a los transportes corporales, señalando que "es fruto de un prolongado y meditado debate, que se ha venido desarrollando en esta Sala desde la aprobación del Código Penal de 1995 para atemperar el concepto normativo de notoria importancia a la realidad social y a las exigencias impuestas por los principios fundamentales de legalidad y proporcionalidad. Debate en el que se ha prestado especial atención a los criterios expresados por la doctrina y por las resoluciones de las Audiencias Provinciales".

Desde la perspectiva del principio de legalidad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2001 hace hincapié en la necesidad de evitar cualquier riesgo de interpretación extensiva *in malam partem* que pueda vulnerar dicho principio, afirmando que "los parámetros utilizados por este Tribunal desde 1984 para la aplicación del subtipo, ya no son, en la realidad social, criminológica y legislativa actual, reconocidos «por todos», sino por el contrario fuertemente cuestionados por la doctrina y la práctica jurisdiccional de los Tribunales de instancia, habiendo desaparecido el consenso necesario en la comunidad jurídica para que un criterio de agravación pueda ser legítimamente calificado como "notoria"

¹⁸⁵

Esta cuestión es detenidamente examinada en la Sentencia Del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2001¹⁸⁶. En ella se afirma que el

¹⁸⁵ JAEN VALLEJO, Manuel, El Nuevo Criterio para la determinación de la circunstancia de agravación de "cantidad de notoria importancia" del art. 369.3 CP – Nota sobre el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001, REVISTA ELECTRÓNICA DE CIENCIA PENAL Y CRIMINOLOGÍA, RECPC04-j02 (2002).

¹⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 788/2001 de 4 de mayo de 2001¹⁸⁶ (RJ 2001/3611). Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo.

El concepto jurídico de «notoria importancia» había dejado de ser indeterminado por vía jurisprudencial, y no cabe poner en duda que el legislador era conocedor de este dato a la hora de abordar la reforma del anterior Código Penal. De suerte

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

concepto de «notoria importancia de la droga» deja de ser indeterminado vía jurisdiccional, no ya sólo a través de las Sentencias, sino también a través de la vía de los Acuerdos no jurisdiccionales del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, aunque en esta ocasión se refería al pleno no jurisdiccional de Sala de 21 de mayo de 1999.

Citando la propia terminología del Tribunal Supremo¹⁸⁷, y en particular la Sentencia 1515/2003¹⁸⁸, de 17 de noviembre, se trata de reafirmar principios tan esenciales para el orden jurisdiccional penal como el de legalidad, en su vertiente de taxatividad de la norma, el de seguridad jurídica o certeza, en la aplicación del precepto, el de igualdad de trato a todos los justiciables, el de proporcionalidad de las penas, a la gravedad

que al establecer las penas en el promulgado en 1995 para las actividades delictivas de tráfico de drogas en cantidad de notoria importancia, el legislador habría ponderado el criterio jurisprudencial al respecto y fijó las penas que consideró proporcionadas a las necesidades que la defensa del cuerpo social demandaba como protección a conductas criminales cuya nocividad y gravísimas consecuencias no es necesario comentar.

¹⁸⁷ Entre otras, también se ha referido a la justificación del pleno la Sentencia N°: 2.400/2001 Fecha Sentencia: 14/12/2001. Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

En conclusión y resumidamente podemos decir que la decisión adoptada por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19 de octubre de 2001, cumple con los siguientes objetivos:

- a) Acomodar los criterios jurisprudenciales sobre los límites a la progresiva evolución de los porcentajes actuales de consumo de las diferentes clases de drogas.
- b) Posibilitar la proporcionalización de la cantidad de pena a imponer, en un recorrido penológico excesivo como es el asignado al delito base (3 a 9 años), de modo que permita realizar la correspondientes modulaciones gradacionales en razón a la cantidad potencial de daño.
- c) Alcanzar una mayor precisión en la fijación de los límites o topes, que eluda toda posibilidad de inseguridad jurídica, propiciadora de agravios comparativos que pugnan con el principio de igualdad constitucional.

En definitiva y en otras palabras, con el nuevo Acuerdo del Pleno se reafirman principios tan esenciales para el orden jurisdiccional penal como el de legalidad, en su vertiente de taxatividad de la norma, el de seguridad jurídica o certeza en la aplicación del precepto, el de igualdad de trato a todos los justiciables, el de proporcionalidad de las penas, a la gravedad del hecho (cantidad "notoria" e "importante") y el de eficacia de la ley penal.

¹⁸⁸ Sentencia DEL Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1515/2003 de 17 noviembre. (RJ 2004\756). Ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

del hecho (cantidad “notoria” e “importante”) y el de eficacia de la Ley Penal.

**B. CUANTIFICACIÓN DE LA NOTORIEDAD EN EL
TRÁFICO DE DROGAS**

I. CUANTIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO.

A pesar de tratarse de una de las cuestiones más discutidas en el delito de tráfico de drogas, el concepto de “notoria importancia” ha sido definido con los Plenos no Jurisdiccionales de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y en particular en los actualmente vigentes de 19 de octubre de 2001 y de 13 de diciembre de 2004, como ya se ha dicho. El «Acuerdo» incluye un cuadro «sobre la base del remitido por el Instituto Nacional de Toxicología en el que se determinan las cantidades que resultan de las quinientas dosis, atendiendo al consumo diario estimado, de acuerdo con el informe de dicho Instituto», emitido a petición de la Sala Segunda del Tribunal Supremo:

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

TABLA

CANTIDADES DE NOTORIA IMPORTANCIA

SUSTANCIA	Nombres alternativos o comerciales	Fiscalización	Cantidad de notoria importancia
Opiáceos y sustancias farmacológicamente relacionadas			
HEROINA	CABALLO	LISTA I Y IV C.U. 1961	300 grs.
MORFINA	Cloruro mórfico andromaco. Cloruro mórfico braun. Morfina braun Morfina serra. MST continus Sevedrol Skenan	LISTA I.C.U. 1961	1000 grs.
METADONA	METASEDIN	LISTA I.C.U. 1961	120 grs.
BUPRENORFINA	BUPREX. P REFIN.	LISTA III C. Vena 1971	1'2 grs.
DEXTRO PROPOXIFENO	DARVON. DEPRANCOL.	LISTA II C.U. 1961	300 grs.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

PENTAZOCINA	PENTAZOCINAFIDES. SOSEGON	LISTA III C. MENA 1971	180 gras.
FENTANILO	DUROGESIC FENTANEST	LISTA I C.U. 1961	50 mg.
DIHIDROCODEINA	CONTUGESIC.	LISTA II CU. 1961	180 gras.
LEVODACETIL- METADOL	LAAM. ORLAM.	LISTA I C.U. 1961	90 gras.
PETIDINA	MEPERIDINA DOLANTINA	LISTA I C.U. 1961	150 gras.
TRAMADOL	ADOLONTA TIONER TRADONAL TRALGIOL TRAMADOL ASTAMÉDICA		200grs.
<u>DERIVADOS DE COCAÍNA:</u> CLORHIDRATO DE COCAÍNA	NIEVE PERICO SPEDBALL (junto con heroína)	LISTA I C.U. 1961	750 gras.
<u>DERIVADOS DE CANNABIS:</u>	HIERBA.	Lista I y IV C.U.	
-MARIHUANA	GRIFA. COSTO. MARIA	1961 Lista II C. Mena 1971	10 Kg.
	CHOCOLATE.		2'5 Kg.
-HACHIS		Lista I y IV C.U. 1961 Lista II C. Mena 1971	300 gr.
-ACEITE DE HACHIS		IDEM	
L.S.D. (DIETILAMINA DEL ÁCIDO ISÉRGICO)	TRIPALCIDO.	LISTA I C.MENA 1971	300 mg.
<u>DERIVADOS DE LA FENILETILAMINA:</u> SULFATO DE ANFETAMINA	ANFETAS. SPEDD. CENTRAMINA (no comercializado ya)	LISTA II C. MENA 1971	90 gras. 75 gras.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

ANFEPRAMONA	DELGAMER	LISTA IV C. VIENA 1971	
CLOBENZOREX	FINEDAL	ANEXO II R.D. 2829/77	45 grs.
FENPROPorex	ANTI0BES RETARD. GRASMIN. TEGISEC.	LISTA IV C. VIENA 1971	1'5 grs.
D. METANFETAMINA	SPEED TRIPi (en ocasiones)	LISTA II C. VIENA 1971	30 grs.

<u>HIPNÓTICOS Y SEDANTES:</u> - ALPRAZOLAM	ALPRAZOLAM EFARMES ALPRAZOLAM GEMINIS ALPRAZOLAM MERCK	LISTA IV C. VIENA 1971	5 grs.
TRIAZOLAM	TRANKIMAZIN	LISTA IV C. VIENA 1971	1'5 grs.
FLUNITRAZEPAM	HALCION	LISTA III C. VIENA 1971	5 grs.
LORAZEPAM	ROHIPNOL		7'5 grs.
CLORAZEPATO DI POTÁSICO	DONIX. IDALPREM. LORAZEPAM MEDICAL ORFIDALWYETH PLACINORAL SEDIZEPAN	LISTA IV C. VIENA 1971	75 grs.
	NANSIUS. TRANSILIMUM.	LISTA IV C. VIENA 1971	

Fenétilaminas de anillo sustituido (Drogas de síntesis)			
MDA	PILDORA DEL AMOR	LISTA I C. VIENA 1971	240 grs.
MDMA	ÉXTASIS	LISTA I C. VIENA 1971	240 grs.
MDEA	EVA	LISTA I C. VIENA 1971	240 grs.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Gran parte de la doctrina critica que sea un «Acuerdo» de la Sala Segunda del Tribunal Supremo el que venga a modificar el contenido de la agravación prevista en el art. 369.5 considerando que este instrumento parece ser un instrumento «cuasi-normativo».

Otra de las críticas que reciben los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional es que el Tribunal Supremo ha determinado la cantidad de droga subsumible dentro del tipo agravado del art. 369.5 del Código Penal a partir de las quinientas **dosis referidas al consumo diario** que aparece actualizado en el informe del instituto nacional de toxicología de 18 de octubre de 2001. Esta fórmula escogida tampoco ha estado exenta de polémica en la doctrina, argumentando SEQUEROS SAZATORNIL¹⁸⁹, que la dosis d consumo diario es un parámetro inidóneo para cuantificar la “notoriedad” por varias razones:

“-- Primera: porque el concepto de «dosis diaria» carece del necesario rigor científico cuando se aplica como dosis de abuso en el consumo de drogas, extramuros de la recomendada en farmacopea para el tratamiento terapéutico de determinadas patologías. Por lo que siendo, en efecto, correcto hablar, en estos casos, de dosis terapéutica diaria (por ejemplo: 4 grageas diarias, en dos tomas), resulta incorrecto en el supuesto debatido, en el que debe sustituirse por el de «frecuencia de uso diario» o similar.

-- Segundo: porque el módulo de dosis diaria no es aplicable a todas las drogas indiscriminadamente, en la medida en que muchas de ellas no generan la necesidad de su ingesta

¹⁸⁹ SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. SOBRE LA NECESIDAD DOGMATICA DE REVISAR LA DIMENSION DEL SUBTIPO AGRAVADO DE «NOTORIA IMPORTANCIA» Diario La Ley, Nº 5467, Sección Tribuna, 24 Ene. 2002, Año XXIII, Ref. D-27, pág. 1927, tomo 1, Editorial LA LEY

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

perentoria, pudiendo ser ésta: esporádica u ocasional (LSD, mescalina, psilocibina...) o episódica-secuencial (metaanfetaminas de síntesis: éxtasis, droga del amor...), de consumo preferentemente en fines de semana. Drogas, en efecto, que transcurridos sus efectos permiten el retorno a la normalidad sin otros inmediatos que los de su resaca, y sin producir dependencia física o psíquica alguna, ni menos aún síndrome de abstinencia, por su falta de consumo.

-- Tercera: porque, con relación a las drogas que pueden producir dependencia, resulta impensable un concepto unitario de dosis diaria de consumo que puedan compartir estupefacientes y psicotrópicos, por una razón tan elemental como la de que mientras que aquéllos se cuantifican sobre la base de su adquisición ilegal en un mercado descontrolado: papelinas, rayas, etc. (y por tanto adulteradas con todo tipo de productos: cafeína, efedrina, analgésicos, anestésicos...), el consumo de éstos se verifica a través de un principio activo reglado, predeterminado, con exactitud, para cada clase de fármaco, tanto para su uso como para su abuso."

La jurisprudencia, a la hora de determinar la notoria importancia de cada clase de drogas tóxicas distingue según se trate de drogas que se obtienen mediante procedimientos químicos, o se trate de drogas tóxicas que proceden directamente de la planta. En el primer caso, se tiene en cuenta la cantidad de droga pura presente en la sustancia incautada, desechando a los efectos de la apreciación de la agravación el excipiente con el que se presenta dicha droga para ser consumida. En el segundo, como las sustancias se presentan siempre en estado natural para su consumo sin sustancia cortante alguna, se atiende a la cantidad de principio activo que se encuentra en la sustancia incautada, que va a variar dependiendo de una serie de criterios como el país de origen, la

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

calidad del cultivo, la temperatura o la humedad. Asimismo lo expresa el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001, que en su párrafo segundo expone que “Para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia se mantendrá el criterio seguido por esta sala de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados.”

La jurisprudencia, en primer lugar, ha querido equiparar el daño a la salud compensando la cualidad de la sustancia con el peso. De la mano de esta doctrina jurisprudencial, hay que entender que si las drogas objeto del tráfico son de aquéllas que causan un grave daño a la salud pública será necesario menor cantidad para apreciar la notoria importancia que si se trata de las que causan menos daño a la salud, en cuyo caso, la cantidad habrá de ser mayor. Así, las cantidades de heroína exigidas para la aplicación de la notoria importancia son muy inferiores, como se verá, a las exigidas para apreciar la notoria importancia en relación con el hachís. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1987¹⁹⁰ entiende que para dotar a la notoria importancia de la droga de una relativa fijeza hay que atender a dos criterios: «el de la nocividad de la sustancia, puesto que, lógicamente, mientras mayor sea aquella más bajo habrá que situar el límite de la notoria importancia, y el de la cantidad de droga que suele consumirse en cada dosis, magnitud que, por lo general, estará en relación inversa con la toxicidad».

II. EXCLUSIÓN DE LAS SUSTANCIAS INOCUAS

Ya desde antes de la publicación del acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que como hemos

¹⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 15 septiembre 1987. (RJ 1987\6344). Ponente: Excmo. Sr. José Jiménez Villarejo

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

visto, determina que para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia exclusivamente se tendrá en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados, la propia Sala venía entendiendo que debe prevalecer el grado de pureza sobre la cantidad, teniendo en cuenta los abusos que se cometen debido a las adulteraciones que se llevan a cabo en múltiples ocasiones, por lo que los jueces deben de ser cautos al aplicar la agravatoria de notoria importancia¹⁹¹. Con ello, se hace necesario valorar la sustancia reducida a pureza al entender el Tribunal Supremo que “es preciso reducir de la sustancia intervenida aquello que no responda a principios tóxicos que agreden al bien jurídico protegido, sobre cuyo contenido, ahora sí, deberán determinarse las cuantías que deben integrar la agravación- Sentencia del Tribunal Supremo 1181/1999 de 14 de julio¹⁹².

III. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERIVADOS CANNÁBICOS

El Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2001 ha excluido expresamente a los derivados cannábicos de la exigencia de determinar la notoria importancia de estas sustancia reduciéndola a sustancia base o tóxica.

Respecto de la cantidad de principio activo del hachís, debemos remitirnos a la doctrina jurisprudencial que mantiene el Tribunal

¹⁹¹ Sentencia núm. 754/1997 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 21 mayo. RJ 1997\4291; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Móner Muñoz

Del «quantum» bruto y total, lógicamente habría de restarse aquella porción que aproximadamente fuera destinada al propio consumo del inculpado, pues que sólo la cantidad restante, y resultante, estaría predestinada al tráfico, todo ello en aquellos casos en los que el o los poseedores también fueran consumidores.

¹⁹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1181/1999 de 14 julio. (RJ 1999\6179); Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Supremo¹⁹³ de que la sustancia activa de esa droga como producto vegetal que es, no depende de manipulaciones o adulteraciones debidas a la obra humana, razón por la que es irrelevante el grado de pureza y debe atenderse al peso total de hachís incautado.

Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2012¹⁹⁴ ha precisado que: "Tratándose de hachís no es exigible la determinación cualitativa de su pureza, más allá de la constancia de la presencia relevante del principio activo THC, pues tanto el hachís, como la grifa o la marihuana no son otra cosa que productos vegetales presentados en su estado natural y en los que las sustancias activas están incorporadas a la propia planta, -sin necesidad de proceso químico- de cuya composición forman parte en mayor o menor proporción según la calidad del cultivo, zona agrícola de procedencia y otras variables naturales, sin que quepa variar su composición congénita, en la que la proporción de sustancia activa o tetrahidrocanabinol oscila en función de aquellas variables entre un 2% y un 10%".

Especial interés en esta materia presenta la **Sentencia Tribunal Supremo núm. 154/2007, de 1 marzo**¹⁹⁵ en el que realiza una exhaustivo análisis sobre la naturaleza de los derivados cannábicos, su proceso de elaboración, así como sobre los motivos por los que para determinar la notoria importancia no se tendrá en cuenta sólo la cantidad

¹⁹³ En este sentido se expresan las

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1729/2000 de 6 noviembre. (RJ 2000\8929); Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2055/2001 de 8 noviembre. (RJ 2002\3483); Ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz.

¹⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 535/2012 de 26 junio. (RJ 2012\10148); Ponente: Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 726/2012 de 2 octubre. (RJ 2012\11350); Ponente Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer.

¹⁹⁵ Sentencia Tribunal Supremo núm. 154/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 1 marzo (RJ 2007 4713); Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

de principio activo, sino la totalidad de la sustancia. Además este Sentencia explica determinados supuestos en los que la calidad de la sustancia sí tendrá relevancia penal, tratándose de casos en los que se presente una mínima calidad.

Así, expone la mencionada Sentencia que Debe quedar muy claro que el principio activo del «cannabis activa» es el T.H.C. o tetrahidrocanabinal, que se encuentra en todas las plantas de las que procede el haschís, de manera que si la sustancia en cuestión es haschís, necesariamente tendrá siempre un componente de T.H.C. Ahora bien, la riqueza de THC de cada planta, al ser elemento natural dependiente del tipo, semilla, clima, terreno y demás circunstancias concretas, es indiferente a su consideración como droga (sentencias de 20 de mayo [RJ 1993\ 4194], 11 de junio [RJ 1993\ 5103] y 30 de septiembre de 1993 [RJ 1993\ 6913], citadas en la de 17 de marzo de 1994 [RJ 1994\ 2334]), siendo sólo trascendente en función de la interpretación teleológica del precepto, su condición de sustancias prohibidas y su capacidad de lesión del bien jurídico protegido la salud, lo que se da en las plantas mencionadas al contener, en mayor o menor proporción, el THC como sustancia activa.

En cuanto al proceso de elaboración del haschís, señala el Tribunal Supremo que como derivado del cáñamo índico o «cannabis sativa» es distinto en su naturaleza de aquellas drogas obtenidas por procedimientos químicos. La sustancia activa del hachís, o THC, es el tetrahidrocannabinol, obteniéndose la droga de un exudado resinoso sacado de determinadas partes de la planta, resina vegetal que, una vez prensada y seca, se prepara en forma de tabletas similares a las pastillas de jabón. La «calidad» del producto, si de establecer el grado de toxicidad se trata, teóricamente variará en razón a la sustancia activa indicada. El también denominado «cannabinol» se encuentra en proporción variable según el clima del lugar o según la propia naturaleza de la planta. Se

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

viene indicando como contenido medio porcentual de THC el 8 % de la planta. Más concretamente se establece esa concentración entre el 2 % y el 10 %. **Reglas que tienen su importancia si algunos llegan a la atipicidad del hecho cuando el tráfico se operó respecto de planta con un porcentaje de «cannabinol» inferior a ese 2 % (en el supuesto presente estaba en el 3?43%).**

El mismo Tribunal Supremo en la resolución que venimos comentando, señala que respecto a la importancia penal que puede tener la concentración de THC en la sustancia aprehendida, existen 2 líneas jurisprudenciales que pudieran parecer antitéticas, considerándose en cambio complementarios.

Existe una primera tesis jurisprudencial según la cual la notoriedad del hachís ha de apoyarse en el kilo atendiendo al peso bruto de la sustancia aprehendida con independencia del grado de concentración de tetrahidrocannabinol. Se afirma entonces que en esta droga no juegan los índices de pureza al no admitir el hachís adulteración con otros productos. En consecuencia, si se rebasa el peso bruto del kilo, se consume el artículo 344 bis a).3. En ese sentido las Sentencias de 22 de octubre (RJ 1993\ 7825), 20 de mayo (RJ 1993\ 4194) y 20 de abril de 1993 (RJ 1993\ 3164), en lo que es criterio mayoritario.

Por el contrario una segunda tesis aprueba la necesidad de tener en cuenta el peso bruto en relación con el grado de concentración de la sustancia activa (Sentencias de 28 de abril de 1995 [RJ 1995\ 2879], 25 de abril de 1994 [RJ 1994\ 3431], 15 de octubre de 1991 [RJ 1991\ 7262]), por lo cual se exige para la notoriedad no sólo el kilo de peso sino también una pureza desde el 4% (es interesante conocer la Sentencia de 9 de mayo de 1994¹⁹⁶ por su carácter conciliador y ambivalente).

¹⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 969/1994 de 9 mayo. RJ 1994\3632; Ponente: Excmo. Sr.Cándido Conde-Pumpido Ferreiro

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Las dos teorías no son tan contradictorias como a primera vista parecen, sostiene el Tribunal Supremo. Y ello es así porque por lo común el porcentaje de la sustancia activa es casi siempre del orden del 4%. La primera corriente doctrinal, que como se ha dicho es mayoritaria, se apoya en las características de esta planta, ya apuntadas más arriba, en tanto ese THC se halla mezclado con las células de la misma, por lo que nunca se encuentra en estado puro, sino siempre como componente de la planta o de la pastilla prensada. Es por eso por lo que la concentración de THC en la droga concreta no depende de manipulaciones o adulteraciones debidas a obra humana, como también se ha reseñado antes, sino de causas naturales como la calidad de la planta en función de la zona de cultivo o de la más cuidadosa selección de las partes componentes de ella, pues la concentración de THC es mayor en las flores y en las hojas y menor en los tallos.

En esta línea, no podemos dejar invocar la Sentencia Del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2000¹⁹⁷ cuando, al abordar un reproche como el presente en el que se denunciaba la indebida aplicación del art. 369.3 CP por no constar probada la concentración del principio activo THC en las pastillas de haschís objeto de tráfico ilícito, declaraba que la Sentencia de esta Sala, de 20 de noviembre de 1997 (RJ 1997\ 7994), evocando las de 6 de noviembre de 1995 (RJ 1995\ 8017) y 30 de octubre del mismo año (RJ 1995\ 7918), nos recuerda que, «a diferencia de lo que ocurre con la cocaína y la heroína, que son sustancias que se consiguen en estado de pureza por procedimientos químicos, los derivados del cáñamo índico o «cannabis sativa», son productos vegetales que se obtienen de la propia planta sin proceso químico alguno, por lo que la sustancia activa tetrahidrocannabinol en estado puro nunca se contienen en su totalidad en las plantas o derivados. La concentración es diversa en cada una de las

¹⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 977/2000 de 6 junio. (RJ 2000\5245); Ponente: Excmo. Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

modalidades de presentación (marihuana, hachís y aceite) y por ello esta Sala ha optado por establecer el límite mínimo para la apreciación de la agravante específica, no en consideración a la sustancia activa, sino en relación con las diversas modalidades ya mencionadas.

Por ello una consolidada doctrina jurisprudencial de la que son exponentes, entre otras, las Sentencias de 11 de octubre (RJ 1996\ 7572) y 1 de marzo de 1996 (RJ 1996\ 1893); 13 de febrero (RJ 1997\ 1174), 3 de marzo (RJ 1997\ 1819), 23 de julio (RJ 1997\ 5783) y 12 de septiembre de 1997 (RJ 1997\ 6711) estima que, para la apreciación de la agravación específica de notoria importancia en las sustancias derivadas de la «cannabis sativa», ha de atenderse a la modalidad de la droga de que se trate, cifrándose aproximadamente en cinco kilogramos para la griffa o marihuana, un kilo para el hachís y 200 gramos para el aceite de hachís, ponderando las circunstancias de cada caso, entendiéndose que la concentración de tetrahidrocannabinol, es diversa en cada una de las modalidades mencionadas, y así, el porcentaje de concentración del principio activo, se estima entre el 0,4 y 4% en la griffa o marihuana, y entre el 4 y el 8% en el hachís, y el 5 y 12% para la resina (Sentencia de 6 de septiembre de 1999 [RJ 1999\ 7380]).

A modo de recapitulación señala la **Sentencia Tribunal Supremo núm. 154/2007, de 1 marzo**, reiterando los criterios que sobre esta cuestión se exponían en nuestra sentencia de 22 de junio de 2002 (RJ 2002\ 8421) lo siguiente:

- Una reiterada doctrina de esta Sala considera, como regla general, que no es indispensable la determinación de la concentración de THC en las sustancias derivadas del cáñamo índico o cannabis sátiva por ser ordinariamente irrelevante para la subsunción, al tratarse de drogas cuya pureza o concentración del principio activo no depende de mezclas o adulteraciones, como sucede con la heroína o la cocaína, sino

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

de causas naturales como la calidad de la planta.

- Pero también lo es que una doctrina jurisprudencial consolidada precisa que para la aplicación del subtipo de notoria importancia, cuando se trata de cantidades moderadas de hachís (entre uno y cinco kgrs., de acuerdo con los módulos anteriores al acuerdo plenario de esta Sala de 19 de octubre de 2001], y entre dos y medio y doce kilogramos y medio, conforme a dicho acuerdo), se hace necesario conocer la concentración de principio activo pues si ésta fuese muy reducida (por debajo del 4%) nos encontraríamos ante una substancia desnaturalizada que más que al hachís debe considerarse asimilada, en cuanto a su nocividad para la salud, a la griffa o marihuana (S 14-06-2001, núm. 1140/2001 , entre otras).

- En tal caso el subtipo agravado no resulta aplicable en cantidades inferiores a los cinco Kgrs. (12,5 kgrs, tras el acuerdo plenario de 19 de octubre de 2001), conforme a una doctrina reiterada en Sentencias de 15 de octubre de 1991 (RJ 1991\ 7262), 25 de abril de 1994 (RJ 1994\ 3431), 28 de abril (RJ 1995\ 2879) y 8 de noviembre de 1995, 17 de abril de 1996, 18 de mayo, 23 de julio (RJ 1997\ 5783) y 12 de septiembre de 1997 (RJ 1997\ 6711), 4 de junio de 1998 (RJ 1998\ 5588) y 14 de junio de 2001, núm. 1140/2001, entre otras.

- Esta doctrina se encuentra sólidamente fundada en el bien jurídico protegido por la norma penal, dado que si éste consiste en la salud pública, el fundamento material de la agravación se encuentra en el mayor riesgo para la salud que se deriva de unas u otras drogas, daño o peligro que indudablemente se encuentra en función del principio activo, por lo que no tiene sentido alguno aplicar los módulos determinantes de la agravación por consideraciones meramente

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

formales (el formato o apariencia del producto) en lugar de tomar en consideración su naturaleza básica (el daño que determina para la salud).

- Es por ello por lo que cuando la concentración de principio activo es muy baja el derivado del cannabis de que se trate tiene judicialmente la consideración de marihuana, lo que no afecta a su sanción penal por el tipo básico, pero eleva el umbral a partir del cual se aplica el subtipo agravado.

Pese a que se han pretendido contraponer estas dos declaraciones jurisprudenciales (la irrelevancia general de la pureza en los derivados del cannabis y su relevancia en supuestos muy concretos o excepcionales), como si obedeciesen a criterios o doctrinas diferenciadas, no cabe aceptar esta supuesta contraposición, salvo en resoluciones aisladas, **pues ambas declaraciones jurisprudenciales son complementarias y no contradictorias.**

Con anterioridad a la Sentencia Tribunal Supremo núm. 154/2007, de 1 marzo, existen otros precedentes jurisprudenciales, como la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1140/2001 de 14 de junio de 2001, en el que ya se concluía que la concentración de principio activo cumple un papel muy diferente en las drogas derivadas del cannabis sátiva (marihuana, griffa o Kif, hachís, resina, aceite, etc.) que en las drogas que son resultado de un proceso químico de elaboración como la heroína o la cocaína. En éstas el porcentaje o grado de pureza debe aplicarse sobre el total de droga en bruto ocupada para determinar la cantidad de droga pura de que se trata y saber si es o no de «notoria importancia» pues en función de la pureza de la sustancia pueden elaborarse mayor número de dosis: doscientos gramos de cocaína pura no se considera jurisprudencialmente un alijo de notoria importancia, y en consecuencia la ocupación del mismo alijo una vez mezclado (800 gramos, con una pureza del 25%) tampoco puede ser sancionado con la aplicación del subtipo

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

agravado, aún cuando aparentemente supere el umbral de 750 gramos que este Tribunal utiliza actualmente para determinar la notoria importancia.

En cambio en el caso de los derivados del «cannabis sátiva» la proporción de principio activo (THC, tetrahidro-cannabinol) no tiene la misma relevancia, pues no determina en absoluto la «pureza» de la droga, ya que no existen productos con un contenido de principio activo del 100%. Es por ello por lo que, como regla general, dicha proporción es innecesaria para la aplicación de la agravación de notoria importancia, ya que ésta se determina en función, en todo caso, del peso de la droga ocupada en estado bruto y de la naturaleza del producto (12, 5 kilogramos para la griffa, 2, 5 kgs. para el hachís y 500 gramos para el aceite).

Cuando la cantidad de hachís intervenido es muy elevada se aplica la agravante de notoria importancia aunque no se haya determinado la concentración de THC, pues en estos casos aún cuando la ausencia del dato del porcentaje de principio activo se interpretase en beneficio del reo, «ello sólo supondría que la sustancia pasaría de hachís a griffa o marihuana por su menor contenido de THC, en cuyo caso la notoria importancia se aplica, según reiterada jurisprudencia, a partir de los cinco kgs (hoy 12, 5), por lo que la apreciación de la agravante específica habría sido también legalmente correcta», (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1729/2000, de 6 de noviembre¹⁹⁸).

Y sólo, en los supuestos excepcionales en que la cantidad de droga derivada del «cannabis sátiva» ocupada se encuentra entre 2,5 y 12,5 kgs, el dato de la concentración de principio activo es relevante, pues puede determinar que la droga por su menor proporción de THC sea asimilada en cuanto a su peligrosidad a la griffa o marihuana y, en

¹⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1729/2000 de 6 noviembre. (RJ 2000\8929): Ponente: Excmo. Sr.Diego Antonio Ramos Gancedo.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

consecuencia, no se aplique la agravante de notoria importancia.

IV. CONCURRENCIA DE PLURALIDAD DE SUJETOS

El Tribunal Supremo ha venido entendiendo que “el objeto del delito no puede escindirse, para eludir la aplicación de la notoria importancia, en los casos de coautoría o de droga compartida”. Cuando intervengan más de un sujeto en el mismo acto de tráfico de drogas con cantidad de notoria importancia no procede la subdivisión de la cantidad entre cada uno de los participantes, sino que habrá que considerarles coautores de un delito de tráfico de drogas, ateniendo al total de la droga aprehendida¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Veamos las siguientes Sentencias:

Sentencia Tribunal del Supremo (Sala de lo Penal) de 18 noviembre 1987. (RJ 1987\8540); Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Móner Muñoz:

Del factum de la sentencia impugnada, se deduce que para el procesado Carlos el volumen de las operaciones ha de situarse en 400 gramos de cocaína; cuyo valor en venta fue de 2.400.000 pesetas y para el procesado Doroteo, la misma cantidad más 100 gramos que recibió por correo de Colombia, con un valor de 1.200.000 pesetas, que pretendía destinar a la venta, esto es quinientos gramos en total, pero sin que, de acuerdo con el criterio de esta Sala -Sentencia 15 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5418)-, quepa establecer una fracción para cada uno de ellos, que constituya objeto de un delito independiente, cuando la acción es unitaria por el concierto previo, y a dicha cantidad total ha de referirse para cualificar la notoria importancia de la misma.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 1 junio 1990. (RJ 1990\4964); Excmo. Sr.Luis Román Puerta Luis:

Desde otro punto de vista, tiene declarado igualmente esta Sala que en los supuestos de «tenencia compartida o comunitaria» de la droga no es procedente el fraccionamiento o división entre los copartícipes de la cantidad poseída, y, por ende que cuando ésta -tratándose de hachís- supera el kilogramo de peso ha de apreciarse al «notoria importancia», que conlleva, la agravación penológica prevista en el párrafo segundo del artículo 344 del Código Penal -vid. las Sentencias de 25 de abril de 1985 (RJ 1985\2136), 27 de mayo y 28 de diciembre de 1988 (RJ 1988\4095 y RJ 1988\10305) y 17 de octubre de 1989 (RJ 1989\7703).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 381/1996 de 3 mayo. (RJ 1996\3890); Ponente: Excmo. Sr.Luis Román Puerta Luis:

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

En sentido contrario, podemos encontrar otros precedentes jurisprudenciales en los que se ha valorado la posibilidad de distinguir «partes» y «propietarios» de la droga aprehendida, no habrá lugar a la aplicación si separadas dichas cantidades en atención al número de sujetos intervinientes, no se superan los límites de cada una de las sustancias tóxicas. Apoya su razonamiento en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1997²⁰⁰ en la que se dividió 1.240 kilogramos de hachís entre las dos personas que lo portaban al quedar demostrado que cada uno había pagado la mitad de su precio y era dueño de la mitad de lo adquirido, no apreciando la notoria importancia . En este sentido, afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril De 2001²⁰¹ que, a

Con independencia de lo dicho, es menester añadir que -según ha declarado reiteradamente esta Sala- cuando varios sujetos se conciertan para la ejecución del delito ha de atenderse a la cantidad total de drogas o estupefacientes intervenidos, sin que proceda, a efectos de la posible aplicación de la circunstancia agravatoria de «notoria importancia» fraccionar dicha cantidad dividiéndola por el número de intervinientes. Cuando la acción es unitaria por el concierto previo es a la cantidad de droga intervenida a la que ha de estarse para cualificar la notoria importancia de la misma (v. SS. 15 noviembre 1985 [RJ 1985\5418] y 24 septiembre 1988 [RJ 1988\8264]).

²⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 890/1997 de 20 junio. RJ 1997\4852; Ponente: Excmo. Sr. Fernando Cotta Márquez de Prado:

los hechos probados ofrecen datos que impiden considerar dicha circunstancia a efectos penológicos, ya que si ambos acusados habían comprado conjuntamente la droga pagando cada uno la mitad de su precio, o lo que es lo mismo si cada uno, pues nada se dice en contrario, era dueño a la mitad de lo adquirido, que ascendió a 1.240 gramos, es evidente que cada uno poseía, con independencia del otro, 620 gramos para comerciar con ellos, y si esto es así, como así es, no cabe duda que, al no rebasar individualmente cada uno, puesto que individualmente cada uno adquirió la mitad del kilo de tal producto, a ninguno puede incardinarse en el precepto sancionador del tráfico de drogas en cantidad de notoria importancia, es decir en el 344 bis a).3.º del Código Penal vigente en la fecha en que los hechos se perpetraron, por lo que procede, rechazando este recurso también, confirmar el fallo combatido en todos sus términos.

²⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 676/2001 de 20 abril. RJ 2001\3565; Ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz:

Para admitir la tesis sostenida por las defensas de la existencia de una pluralidad de acciones independientes sería preciso que la afirmación fáctica así lo reflejase, de forma que independientemente cada uno de ellos hubiese realizado el encargo de la adquisición de transporte de la mercancía ilícita con aportación individual del valor de su parte, lo cual, además, no excluiría la aplicación del

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

no ser que quede efectivamente probado que cada uno de los participantes es propietario de una parte determinada, ha de aplicarse la agravación de la notoria importancia porque «mientras no se produjera el reparto la situación de cada cual era de coposesión del total del hachís, sin concreta determinación de la cuota», siendo en su caso, la posterior distribución entre todos ellos un acto que entra dentro del agotamiento del delito.

La Sentencia del Tribunal Supremo 3844/2014²⁰² procede a realizar una individualización de la responsabilidad penal de cada uno de las personas imputadas, pero atendiendo a las cantidades con las que cada cual ha traficado, excluyendo la aplicación de la agravante de “notoria importancia”. Para ello, declara que para considerar concurrente la citada cualificación por notoria importancia (hoy, art. 369.1.5ª y en la fecha de los hechos, 6ª), ha de ser de notoria importancia «la cantidad de las sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior». Quiere ello decir, **que una vez descartada la organización como vínculo de atribución colectiva de la droga con la que se trafica, las conductas han de ser individualizadas a expresada «cantidad»**, y en los hechos probados no se indica otra cosa más allá de un vínculo de consorciabilidad para la distribución de sustancias al menudeo, concepto éste por el que han de ser sancionados los partícipes.

V. REDUCCIÓN DE LA CANTIDAD DESTINADA A AUTOCONSUMO

Del total de la cantidad de droga aprehendida, ha de procederse a restar una parte destinada a autoconsumo en caso que se declare que el

subtipo agravado al tercero de los acusados encargado del viaje y la adquisición de la sustancia.

²⁰² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 3844/2014; Ponente: Julian Artemio Sanchez Melgar

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

sujeto activo es consumidor de la misma (en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1997²⁰³, o las de 3 de mayo de 2001²⁰⁴ y de 6 de noviembre de 2001).

Indica CASTRO MORENO²⁰⁵, que el principal problema es determinar qué cantidad debe deducirse respecto del total incautado, señalando a su vez dos resoluciones que “han optado por aplicar los criterios generalmente admitidos por la Jurisprudencia para considerar una cantidad destinada al tráfico o al autoconsumo”. La sentencia del Tribunal Supremo 1014/1994²⁰⁶, de 17 de mayo, entiende deducibles los límites indiciarios del autoconsumo que cifra en 50 grs. para el hachís, la

²⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 754/1997 de 21 mayo. (RJ 1997\4291); Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Móner Muñoz:

Del «quantum» bruto y total, lógicamente habría de restarse aquella porción que aproximadamente fuera destinada al propio consumo del inculpado, pues que sólo la cantidad restante, y resultante, estaría predestinada al tráfico, todo ello en aquellos casos en los que el o los poseedores también fueran consumidores.

²⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 721/2001 de 3 mayo. RJ 2001\3609; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Soriano Soriano:

Resulta igualmente interesante hacer referencia, como criterios útiles, proclamados por esta Sala, a la hora de determinar la cuantía de notoria importancia los siguientes:

- a) Exclusión o reducción de aquella parte de la droga intervenida al traficante consumidor, que razonablemente podía destinar al propio consumo (a) SS. 17-10-1995 [RJ 1995, 6969] ; 25-11-1996 [RJ 1996, 8539] ; 5-12-1996 [RJ 1996, 8837] ; 12-4-1997 [RJ 1997, 2806] , etc.).
- b) No contabilización de la droga no sometida a análisis, por desconocerse el porcentaje de principio activo (b) SS. 18-10-1995 [RJ 1995, 7556] ; 20-4-1996 [RJ 1996, 2993] , etc.). El criterio es razonable, toda vez, que vistos los mecanismos modernos utilizados en la detección de la sustancia tóxica, ésta podría arrojar resultado positivo y contener cantidades ínfimas de sustancia. En este sentido la primera de las sentencias mencionadas, no apreció la notoria importancia en 4 kg 944 gramos de producto anfetamínico por carecer de análisis.
- c) No faltan resoluciones de esta Sala (por todas c) S. 29-5-1999 [RJ 1999, 5267]) que por irregularidades en los análisis de la droga, no ha sido computada a los efectos de la notoria importancia.

²⁰⁵ ALVAREZ GARCÍA F. Javier (Dr.) y otros, EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, Tirant Monografías 617, Valencia 2009, Tirant Lo Blach

²⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1014/1994 de 17 mayo. RJ 1994\3712; Ponente: Excmo. Sr. Ramón Montero Fernández-Cid:

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Sentencia del Tribunal Supremo 1008/1995²⁰⁷, de 17 de octubre, reduce la cantidad de 10 días de consumo del sujeto en cuestión.

C. SUSTANCIAS NO INCLUIDAS EN LA TABLAS DEL ACUERDO DEL PLENO DE 21 DE OCTUBRE DE 2001.

En el presente apartado nos vamos a referir a un supuesto relativamente reciente, planteado ante el Tribunal Supremo. Ocurriría con una sustancia concreta, la Ketamina, incorporada al Anexo I del RD

²⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1008/1995 de 17 octubre. RJ 1995\6969; Ponente: Excmo. Sr. Roberto Hernández Hernández:

El Ministerio Fiscal, reiterando la postura que mantuvo en la instancia, se alza en impugnación casacional, que vertebra en un solo motivo y en él, por corriente infracción de norma sustantiva y vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce indebida no aplicación a la conducta de los acusados del «subtipo» agravado que, en razón a la notoria importancia de la cantidad de droga, establece el artículo 344 bis, a).3.º del Código Penal, entendiendo que a los 961,38 gramos de «resina» de «hachís», que el sentenciador considera los acusados destinaban al tráfico, deben añadirse los 129,10 gramos a que equivalen de «resina» los 25,82 gramos de «aceite» que también se les intervino.

El motivo, carece de fundamento atendible, debe ser rechazado y ello por las siguientes consideraciones:

1.ª) si ciertamente y como se indica en la Circular 1/1984 de la Fiscalía del Tribunal Supremo y reitera esta Sala, el consumidor medio se administra diariamente unos 5 gramos de «resina» de «hachís» y según la S. 4 mayo 1990 (RJ 1990\3846) -que expresamente cita la censura- la droga que excede de la que el consumidor emplea en tres, cuatro o cinco días, deja de ser posesión impune para convertirse en delictiva, con lo que sólo quedarían amparados en el autoconsumo los trocitos de 1 gramo de «resina» que llevaba el acusado Luis Miguel e incluso los 25 que portaba Pedro, también lo es que la fijación de un «quantum límite» como muestra de predestinación al tráfico (o de la agravante de notoria importancia) -lo que evidentemente ayuda a la orientación de los jueces-, no puede circunscribirse apriorísticamente a un rígido criterio, originador a veces de irritantes agravios comparativos, debiendo por ello fluctuar en más o menos días los empleados para el consumo de la droga y hasta cantidad de ésta, según las circunstancias concurrentes, grado de habitualidad en el consumo, punto distinto de asimilación y tolerancia para la droga y muy especialmente que el producto pueda ser conservado o poseído, sin deterioro, para un consumo no tan inmediato y así «ad exemplum», la S. 12 diciembre 1994 (RJ 1994\9805), haciendo referencia a lo indicado por la jurisprudencia de la Sala, partiendo de la dosis de 5 gramos diarios por un consumidor habitual, determina en inferencia lógica, como reserva la cantidad de 50 gramos, esto es para diez días y la de 8 de noviembre de 1991 (RJ 1991\7985) no considera preordenados al tráfico 133 gramos de «hachís» ocupados al enjuiciado.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

281/1977 de 6 de octubre el día 21 de octubre de 2010, como sustancia psicotrópica que causa grave daño a la salud. Esta sustancia aún no ha sido incorporada al Acuerdo del Pleno de 19 de octubre de 2001 en el que se establecen las cantidades de notoria importancia, por lo que ha generado dudas acerca de los límites a partir de los cuales entraría en aplicación el tipo agravado de “notoria importancia”.

Sentencia núm. 208/2014 de 10 marzo²⁰⁸, resuelve esta cuestión, y establece que “si bien el Pleno de esta Sala no ha establecido, a diferencia de otros supuestos en que sí lo ha hecho, cuál es la dosis de consumo diario de esta sustancia psicotrópica y, por tanto, cuál sería la cantidad comprendida en las 500 dosis de ketamina, lo cierto es que en el presente caso el acusado transportaba casi cuatro kilos de la sustancia, lo que significa que atendiendo a su elevada nocividad y ponderando que, según se desprende del folio 179 de la causa, la dosis de abuso habitual pudiera ser de unos 200 miligramos, por muy a la baja que corrijamos esta cifra resulta patente que la ketamina que se le ocupó al recurrente supera incuestionablemente el límite jurisprudencial de la notoria importancia, vistos los baremos que barajamos al ubicar el listón del subtipo agravado en otras sustancias que causan grave daño a la salud al efecto de aplicar el art. 369.5ª del Código Penal . Con respecto al primer argumento exacerbante de la pena, carece de una base consistente en este caso, toda vez que, tal como se ha razonado en el fundamento precedente de esta sentencia, aunque ha quedado probado que en el presente caso sí se da el subtipo de la notoria importancia, al alcanzar casi cuatro kilos de peso la ketamina intervenida, lo cierto es que no se ha podido cuantificar exactamente cuál es el límite de la notoria importancia, debido a que lo novedosa que resulta la sustancia como psicotrópico de abuso ha impedido hasta ahora establecer una cifra concreta para delimitar la

²⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 208/2014 de 10 marzo. (RJ 2014\1701); Ponente: Excmo. Sr. Alberto Jorge Barreiro.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

notoria importancia. De modo que si bien en el presente caso no hay duda de que se ha rebasado la línea hipotética de demarcación del subtipo agravado, no resulta fácil ni adecuado aplicar nuevas agravaciones dentro del marco legal específico del art. 369.5ª del código penal, al carecer de los baremos de precisión imprescindibles para operar al alza con el quantum punitivo.

**D. RELEVANCIA PENAL DE LOS INFORMES PERICIALES
EN EL TRÁFICO DE DROGAS**

I. LA VARIACIÓN DE LOS MARGENES DE ERROR

Comenta URBANO CASTRILLO²⁰⁹ que en la actualidad, entre otros, los principales problemas que se presentan en esta materia, y que originan cuestiones de gran interés, cara a la calificación jurídica, su punibilidad/impunidad y, en consecuencia, respecto a su concreta sanción penológica son:

En primer lugar, la determinación de la pureza. Si no consta, la conducta es impune, cuando se trate de cantidades reducidas, así una papelina.

En segundo lugar, las consecuencias de la falta de análisis toxicológico. Si de algún modo se ha podido determinar la sustancia, podrá sancionarse el delito, pero la indeterminación de su pureza, remite al caso anterior, y, en los supuestos dudosos, impedirá la aplicación de los subtipos de «notoria importancia» o «extrema gravedad», al deberse optar, in dubio, por la solución más beneficiosa para el imputado.

²⁰⁹ De urbano Castrillo, Eduardo. La cantidad de droga en el narcotráfico. La Ley Penal, núm. 17. Año II. Junio de 2005

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Existen numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que sí utilizan este margen de error para, en unión del principio "in dubio pro reo", eliminar tal circunstancia de agravación en casos próximos a esos límites de la notoria importancia establecidos para cada una de las drogas tóxicas por la doctrina de la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 217/2003 de 18 de febrero²¹⁰, estimada un Recurso de Casación y excluía la aplicación del subtipo agravado de notoria importancia en un supuesto en el que la cantidad de cocaína pura ocupada es, según el análisis, de 765,04 gramos, pero conforme al dictamen pericial ha de estimarse que concurre en la prueba analítica un margen de error del 2%. “Aplicando en beneficio del reo este margen de error analítico, no se alcanzan los 750 gramos establecidos jurisprudencialmente, pues la cantidad final sería de 749,74 gramos.”

En la Sentencia del Tribunal Supremo 911/2003 de 23 de junio²¹¹, se desestimaba el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada en instancia y que excluyó la aplicación de la agravante de notoria importancia, fundamentándose en que “aunque es cierto que el informe pericial emitido por el Laboratorio de la División de Estupefacientes de la Agencia Española del Medicamento del Ministerio de Sanidad y Consumo, considerado en sí mismo parece dar la razón al recurrente en su pretensión, ya que la cuantía de la droga, haciendo la correspondiente operación aritmética, nos da un resultado que supone la agravación de la notoria importancia, no es menos cierto que ese informe-documento amén de que fue tenido en cuenta por la Sala en su calificación, puede y debe ser complementado por otra prueba muy

²¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 217/2003 de 18 febrero.(RJ 2003\2391); Ponente: Excmo. Sr Cándido Conde-Pumpido Tourón

²¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 911/2003 de 23 junio.(RJ 2003\6015); Ponente: Excmo. Sr.Gregorio García Ancos.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

importante cual es la declaración del propio perito realizada en el acto del plenario, con las debidas garantías de oralidad, contradicción e inmediación, en la que puso de manifiesto la posibilidad de existir un error del 5% en más o en menos, circunstancia esta que llevó al Tribunal «a quo», en pura lógica, a una interpretación favorable al reo respecto a este punto esencial de la cuantía de la droga (cocaína) objeto del tráfico.”

Añade esta Sentencia que, “aunque es sabido que el principio «in dubio pro reo» no tiene cabida por regla general en el recurso de casación, ya que supone una valoración de la prueba que corresponde sólo al Tribunal de instancia, si la tiene en aquellos supuestos en que este Tribunal expresa su duda en la sentencia recurrida. Y éste es el caso que nos ocupa en el que partiendo de lo poco concreto que resulta la cuantía de la droga, se inclina por una interpretación favorable al acusado, interpretación que conlleva el que ahora en el recurso no podamos contradecir lo resuelto en la instancia, precisamente por aplicación de tal principio.”

Otro ejemplo en la aplicación del margen de error lo encontramos en la Sentencia 570/2005 de 4 de mayo²¹² en un supuesto muy parecido

²¹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 570/2005 de 4 mayo.(RJ 2005\5783); Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Giménez García:

El primer motivo, denuncia como indebidamente inaplicado el art. 369-3º del Código Penal . Se solicita la aplicación del subtipo agravado de notoria importancia en la medida que la cantidad neta de droga aprehendida fue de 768'1 gramos neto, cantidad superior a los 750 gramos de cocaína que se fijó en el Pleno no Jurisdiccional de Sala de fecha de 19 de octubre de 2001 .

El Ministerio Fiscal rechaza la argumentación del Tribunal a quo de no aplicar dicho subtipo agravado en base a que la perito que compareció al Plenario y que había efectuado la analítica de la droga, manifestó que existía un margen de error de más o menos 5%. El Tribunal razonó que desde esta observación, había que tomar la hipótesis más favorable para el reo, esto es la de una disminución del 5% en el peso neto, lo que arrojaría un neto de 729'6 gramos de cocaína, cantidad inferior a los expresados 750 gramos. Ciertamente que el Tribunal debió haber incluido en el factum este margen de error para poder razonar lo precedente. No lo hizo pero ello no pasa de ser una irregularidad. El factum debe ser integrado con el expresado margen de error al que se refiere el F.J. primero.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

al citado anteriormente, en el que se procedió a la desestimación del motivo de recurso planteado por el Ministerio Fiscal, en el que pretendía la aplicación de la agravante de notoria importancia.

Estas 3 Sentencias que acabamos de exponer, venían citadas a título de ejemplo en la Sentencia núm. 413/2007 de 9 mayo ²¹³.. En este caso se trataba de la aprehensión de una cantidad de 934,0 gramos de heroína que al 32,5% de riqueza, nos da un resultado de sustancia pura de 303 gramos con 55 centigramos. Si de esta cantidad (303,55 gr.) deducimos, no ya el 5% al que se refieren expresamente las dos últimas de esas tres Sentencias del Tribunal Supremo que acabamos de indicar, sino solo el 1,2%, nos situamos en 299,91 gramos, esto es, una cantidad inferior a los 300 requeridos para la aplicación de esta agravación del artículo 369.1.6ª (*actual apartado 5º*) Código Penal respecto de la heroína.

La Sentencia Del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2013²¹⁴ realiza una importante matización en lo que se refiere a la aplicación del margen de error y señala que “el margen de error que suelen contener los informes periciales de análisis de las sustancias, situado habitualmente en un “más/menos 5%”, se ha de interpretar en favor del reo. Pero ese margen de error, rectamente entendido, se refiere al porcentaje mismo de pureza, opera sobre él y no sobre el 100% de la sustancia. Es un margen de error referido directamente a la riqueza ya especificada y no al total. Por ello, habrá que reducir del tanto por ciento fijado pericialmente, la cantidad resultante de multiplicar ese porcentaje por 0,05.”

ii. INEXISTENCIA DE ANÁLISIS PERICIALES

²¹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 413/2007 de 9 mayo. (RJ 2007\5600); Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García.

²¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 308/2013 de 26 marzo. (RJ 2013\4645); Ponente: Excmo. Sr. Antonio del Moral García.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Tratamos aquí los casos en que no consta la existencia de pureza. en ellos se hace necesario como decimos un juicio de inferencia de acuerdo con el cual se deduzca la existencia de la dosis mínima en la sustancia ocupada. nada se opone a la realización de este juicio, aunque la Sentencia del Tribunal Supremo 25 de enero de 2005 alude a la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

URBANO CASTRILLO²¹⁵, comenta que la indeterminación de la pureza en casos dudosos impedirá la aplicación de los subtipos de notoria importancia o extrema gravedad, debiéndose optar pro reo por la solución más beneficiosa, y entiende que si no consta la pureza la conducta es impune cuando se trata de cantidades reducidas como una papelina.

Sobre las consecuencias de la no determinación de la pureza de la sustancia, y en el mismo sentido expuesto en el párrafo anterior, también podemos encontrar distintas Sentencias:

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 15 de marzo de 2006²¹⁶, se censura al Tribunal de instancia ya que «con notable descuido y un cierto automatismo, se prescinde del análisis cualitativo del laboratorio. En el folio 50, figura el informe al que se le ha dado únicamente carácter de documento, ya que nadie ha solicitado una pericia que aclarase un punto tan trascendental como la composición analítica de la pastilla para determinar, de forma clara, si estaba por debajo o encima de los límites marcados por el Instituto Nacional de Toxicología, organismo que señala las dosis tóxicas de forma abstracta. En consecuencia, no es posible realizar una lectura del documento en contra de los intereses del acusado, sin quebrantar principios básicos del proceso penal.

²¹⁵ URBANO CASTRILLO «La cantidad de droga en el narcotráfico», La Ley Penal, núm. 17, 2005, pág. 5

²¹⁶ Sentencia del tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 292/2006 de 15 marzo. (RJ 2006\5422); Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Martín Pallín.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2006²¹⁷, se aborda la misma cuestión de forma un poco más profunda, diciendo: «aunque hemos señalado que la determinación del porcentaje de principio activo de las drogas objeto del tráfico no necesita de modo imprescindible ser acreditada por prueba pericial analítica, pudiendo serlo a través de un juicio de inferencia basado en la valoración de elementos indiciarios especialmente sólidos, como ocurre cuando la cantidad de droga excluye toda probabilidad racional de que la cantidad de principio activo sea inferior a la establecida por esta Sala como dosis mínimas psicoactivas; si bien esto es así (véanse Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2002, 10 de julio de 2002, y 30 de junio de 2005), **ello no será posible cuando la sustancia estupefaciente incautada al acusado sea tan significativamente escasa como en el caso que examinamos**: 120 miligramos brutos de heroína y 260 de cocaína, también brutos, teniendo además en cuenta que las sustancias prohibidas se incautaron en el último estadio del largo proceso de tráfico prohibido, cual es el de la venta en la calle al menudeo, después de haber pasado por los numerosos intermediarios que intervienen en esta ilícita actividad según nos enseña la experiencia, siendo lo habitual que en cada uno de esos pasos la droga se corte con lo que al final de ese “iter”, llega al consumidor de la calle normalmente con unos porcentajes mínimos de principio activo, no siendo anómalo que éste se encuentre por debajo del 1%.

Y finalmente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2006²¹⁸, se absuelve, también, al recurrente, «cuando —como

²¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 124/2006 de 9 febrero. (RJ 2006\529); Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo.

²¹⁸ Sentencia del tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 119/2006 de 13 febrero. (RJ 2006\2884); Ponente: Excmo. Sr. Perfecto Andrés Ibáñez.

En la jurisprudencia de esta sala aparece ya suficientemente consolidado un criterio en la materia, conforme al cual sólo deberá considerarse droga tóxica o estupefaciente, en el sentido del art. 368 Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

es el caso que se contempla— la conclusión de un informe de que en 0,13 gramos de un producto que no se identifica hay cocaína, sin que conste la proporción, se transforma en la afirmación de que lo intervenido fueron 0,13 gramos de aquella sustancia estupefaciente, se hace una inferencia en contra del acusado, que contradice de manera esencial la presunción de inocencia como regla de juicio. Pues, en efecto, se da por cierto que en lo incautado había un porcentaje de tóxico cuya existencia real no ha sido demostrada. En consecuencia, y a tenor del estándar jurisprudencial aludido al principio, lo único que podría decirse aquí de los acusados es que vendieron una dosis de algo en la que había cocaína, pero en una proporción y con un potencial de actividad que se ignora. Esto, claro está, sólo en el supuesto de que el resto de la prueba permitiera atribuirles la dedicación a la venta que les fue imputada; materia en la que por razón de la relevancia de lo expuesto no resulta necesario entrar. Por tanto, tienen razón los recurrentes y el Fiscal, falta un elemento del tipo objetivo del art. 368 Código penal, que no debería haberse aplicado.

iii. SUPUESTOS DE AUSENCIA DE APREHENSIÓN DE DROGAS

No será infrecuente encontrarnos en la jurisprudencia supuestos de Sentencias condenatorias ante hechos en los casos en que no hay aprehensión de la sustancia tóxica, pero en la instrucción y en el plenario se da razón de operaciones de tráfico con la misma. Una aproximación

1996, 777) , aquella sustancia que sea apta para producir los efectos que le son propios. Y esto, en función de la cantidad de principio activo registrada en concreto y de la capacidad del producto para incidir negativamente en la salud de un eventual afectado (SSentencia del Tribunal Supremo 154/2004, de 13 de febrero [RJ 2004, 1839] , 305/2003, de 5 de marzo [RJ 2003, 2735] , 1621/2003, de 10 de febrero [RJ 2004, 1085] , 357/2003, de 30 de enero [RJ 2004, 1079]).

Siendo así, es claro que tal clase de determinación sólo puede hacerse analíticamente. Y, como se lee en la sentencia de esta sala 109/2004, de 30 de enero (RJ 2004, 541) , no concurrirá en los supuestos en que lo constatado sea sólo la presencia de cierto tipo de droga asociada a alguna cantidad de otra u otras sustancias.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

argumental a la cuestión puede razonarse con la necesidad de evitar la impunidad de actos de tráfico, especialmente los muy graves, de los que hay constancia en autos y respecto de los que no ha podido realizarse la analítica precisamente por haber logrado los autores la plena introducción de la droga en el mercado y burlado los controles policiales²¹⁹.

Es doctrina jurisprudencial reiterada y consolidada la que afirma que la naturaleza de estupefaciente de determinadas sustancias no se acredita sólo por la analítica realizada por los laboratorios oficiales la doctrina jurisprudencial admite supuestos en que puede probarse por medio de declaraciones testificales de terceros y reconocimiento del propio imputado (Sentencias del Tribunal Supremo 6 de febrero de 2000, 5 de febrero de 2000, y 16 de abril de 2003 citadas en la instrucción 7/2004 de la Fiscalía General del Estado). Las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2000²²⁰ y 20 de diciembre de 2002²²¹.

²¹⁹ VARGAS CABRERA, BARTOLOMÉ Dictámenes Periciales Sobre Sustancias Estupefacientes. Estudio Jurisprudencial Diario La Ley, Nº 6682, Sección Doctrina, 29 Mar. 2007, Año Xxviii, Ref. D-77, Editorial La Ley.

²²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 290/2000 de 23 febrero. RJ 2000\1795; Ponente: Excmo. Sr .Diego Antonio Ramos Gancedo:

Así, pues, la censura del recurrente sobre la indeterminación de la sustancia ocupada y sus cualidades, debiera ser estimada si la única prueba que acreditara dichos extremos hubiera sido el dictamen pericial. Pero no es así. En el acto del Juicio Oral prestó declaración testifical el miembro de la Guardia Civil que interceptó las maletas que traía la acusada desde Sao Paulo. Las manifestaciones de este testigo vienen a reiterar el contenido del atestado instruido con motivo de la detención de aquélla, esto es, que el perro adiestrado para estos menesteres «marcó» las maletas que traía la acusada, siendo abierto el equipaje en su presencia y descubriéndose un doble fondo en cuyo interior se ocultaba la sustancia intervenida, que, sometida al reactivo narco-test, dio positivo a la cocaína. Este testimonio, efectuado por un especialista del Servicio Cinológico puede ser legalmente valorado como prueba de cargo acerca de la naturaleza de la sustancia en cuestión, sobre todo si para establecer el dato fáctico, coexisten con aquél una serie de elementos que lo corroboran: la no negada existencia del doble fondo, la inverosimilitud de las explicaciones de la acusada, camarera de profesión, sobre su viaje de seis o siete días a Brasil, donde no conocía a nadie, para «relajarse»; las flagrantes contradicciones acerca de la financiación de su viaje, pues en unos casos dice que se lo pagó ella (300.000 ptas.) y en otros que se lo sufragó un amigo que fue quien le proporcionó las maletas que ocultaban la droga para hacer el viaje de regreso a España... pasando previamente por París. Todos estos datos, probados, confirman no sólo que lo que traía escondido en las maletas era cocaína, sino

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

admiten también como prueba de cargo las declaraciones testificales de los agentes policiales en torno a las características externas de las sustancias intervenidas, unida al llamado narco-test realizado en dependencias policiales, siempre que sea ratificado en el plenario.

Indica VARGAS CABRERA, que para el correcto enfoque del problema hemos de partir de la consideración de que en la Ley de enjuiciamiento Criminal vigente no hay prescripciones sobre la obligatoriedad del informe pericial en determinados delitos de modo que para la prueba de concretos elementos de los mismos fuera imprescindible acudir a él. así se desprende de los principios generales de nuestro derecho procesal basados en el sistema de prueba libre y no tasada y de la ausencia de mandato legal en el sentido apuntado. también

también que el juicio de inferencia del juzgador sobre la concurrencia del elemento subjetivo del delito debe ser ratificado como plenamente ajustado a la razón, a la lógica y al dictado de la experiencia.

²²¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2119/2002 de 20 diciembre. (RJ 2002\10780); Ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz:

Las cuestiones suscitadas en relación con la fuente de la prueba son al menos de dos clases. La primera de ellas es el valor probatorio de la aplicación del «drogotest» y su introducción en el Plenario. Debemos señalar que el artículo 456 LECrim señala que el informe pericial procede cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos. Pues bien, como sucede con otras muchas sustancias, su apreciación puede ser hecha por personas experimentadas que a través de sus sentidos perciben la naturaleza de la misma conforme a las reglas de experiencia, es decir, es posible a través de aquéllos determinar la sustancia de que se trate conforme a su textura, olor, coloración, etc. cuando el que la examina es una persona experimentada. Cuestión distinta es su análisis cualitativo que sólo podrá llevarse a efecto en un Laboratorio mediante la aplicación de técnicas científicas, de forma que en línea de principio no puede descartarse que a través de los sentidos un experto pueda apreciar la calificación de una sustancia como la cocaína. Pero en el presente caso no sólo sucede lo anterior sino que se aplica a lo incautado los reactivos apropiados («drogotest») que confirman el resultado ya obtenido mediante la aplicación de los sentidos por los agentes policiales que intervinieron en la ocupación de la cocaína y detención del recurrente, siendo éstos los que declaran que a su presencia otros compañeros procedieron a la aplicación del «drogotest» y que ellos directamente percibieron el resultado del mismo. En segundo lugar, también manifiestan que el detenido reconoció ante ellos que se trataba de cocaína. El Tribunal tiene también en cuenta la forma oculta en que era llevada por el procesado. Pues bien, la Audiencia ha dispuesto de prueba de cargo suficiente cual es la declaración de los testigos señalados que percibieron por sí mismos la naturaleza de la sustancia, que igualmente estuvieron presentes en la corroboración de aquélla mediante la prueba que efectuaron sus compañeros y que manifestaron, por último, que el acusado reconoció que se trataba de cocaína cuando fue detenido, además del hecho de llevarla adosada a su cuerpo.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

del examen de la regulación de los arts. 325 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Sigue diciendo este autor que “desde la perspectiva jurídico-penal, los estupefacientes y sicotrópicos son el objeto material de la infracción penal estructurados a través de un elemento normativo del tipo. Desde la perspectiva procesal se incluyen en el concepto omnicomprendido, cuerpo del delito, siendo «efectos del mismo», en la terminología del art. 334 y con mayor precisión «cosa objeto el delito» de los arts. 335 y 337 LECrim. El art. 338 LECrim, referido específicamente a las drogas opta por remitirse a la primera denominación citada.”

En estos preceptos, indica VARGAS CABRERA, y en concreto en los arts. 330 y 331 LECrim, el legislador como no podía ser de otra manera, parte de hipótesis en que el objeto material de la acción delictiva no ha sido habido. esta circunstancia no impide sino que antes bien obliga a realizar con mayor esmero diligencias encaminadas a la determinación de sus características, como se desprende de esos preceptos.

Pero el problemas probatorios no solo alcanzarán sólo a la determinación de la sustancia, sino que también aquí se necesitarán precisos datos concretos de los que pueda racionalmente deducirse que estamos ante sustancia tóxica y que se cumplen además las exigencias del pleno de 24 de enero de 2003 y doctrina jurisprudencial sobre dosis mínima psicoactiva. Como exige la jurisprudencia, deben valorarse el número de operaciones de tráfico, las cantidades de droga que se relacionan, el precio, los efectos en el que las consume cuando se trata de testigos-consumidores y cuantas circunstancias sirvan para fundar la deducción que habrá de ser razonada en los fundamentos jurídicos (en este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo 10 de marzo de 2005 y 6 de abril de 2005 atendiendo a la reiteración de actos de tráfico).

Cuando nos encontremos ante grandes operaciones de droga no habrá problemas ya que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

viene con carácter general admitiendo sin dificultad la prueba indiciaria. Un ejemplo lo tenemos en las Sentencias del Tribunal Supremo 10 de marzo de 2005 y 6 de abril de 2005 se acude a la repetición de actos de tráfico sin aprehensión presenciados por los policías para deducir la dosis mínima psicoactiva. también cuando hay intervención de la droga, pero carece de valor probatorio la analítica, casos en los que puede probarse la naturaleza de la sustancia a partir de la prueba de droga-test y declaraciones de acusado y policías actuantes. con mayor razón cabrá el juicio de inferencia o deducción en los supuestos de aprehensión y analítica valorable de los estupefacientes y sicotrópicos en la que se omite la concentración en principios activos.

Destacamos la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 43/2015 de 9 febrero**²²² para dilucidar cuál es la posición del Alto Tribunal ante la ausencia de aprehensión de sustancias tóxicas. En el caso objeto de estudio en esta resolución, se reconoce que el "factum" de la sentencia de instancia no concreta las condiciones de peso, naturaleza, porcentaje de principio activo y valor que hubiera podido alcanzar en el mercado la sustancia que fue objeto de las transacciones que describe.

El relato de hechos de la sentencia recurrida concreta que, tras una conversación telefónica mantenida el 7 de noviembre de 2013 entre el recurrente y el también acusado Benedicto " convinieron la compra del primero al segundo de cocaína, con la finalidad a su vez de venderla posteriormente Juan Alberto a terceras personas. Entre esa fecha y el día 13 de noviembre de 2.013, Juan Alberto compró a Benedicto diez gramos de cocaína, vendiendo cinco gramos a otras personas, como se infiere del contenido de la conversación telefónica que mantuvieron a las 13,23 horas de ese día trece."

²²² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) num. 43/2015 de 9 febrero RJ 2015\526; Ponente: Excm. Sra. Ana María Ferrer García

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Esta Sentencia de febrero de 2015, se remite a los fundamentos de otros precedentes jurisprudenciales, y en concreto a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 679/2013 De 25 De Julio²²³ que ha mantenido la doctrina del Tribunal Supremos, por la que se establece que ante la imposibilidad de analizar la droga no impide que se pueda acreditar su composición y peso aproximado por otros medios probatorios. Como indicó la Sentencia del Tribunal Supremo 832/2007 de 5 de octubre²²⁴, "la droga, es cierto, constituye uno de los elementos del tipo objetivo previsto en el artículo 368 del Código Penal. **Sin embargo, su existencia no siempre tiene que estar acreditada mediante un acto específico de intervención. No existe un catálogo cerrado de medios probatorios con idoneidad para acreditar la existencia del objeto del delito**".

Es indudable que, como señala esta misma sentencia, en aquellas ocasiones en que la sustancia estupefaciente no haya podido ser incautada, el Tribunal habrá de extremar la prudencia a la hora de valorar

²²³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 679/2013 De 25 De Julio²²³ (RJ 2013, 6798); Ponente Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón

Por lo que se refiere a los requisitos materiales, la Sala sentenciadora toma en consideración una pluralidad de indicios diferentes, plenamente acreditados, plurales, concomitantes al hecho que se trata de probar e interrelacionados, de manera que se refuerzan entre sí, y que además son de una singular potencia acreditativa.

La naturaleza de la embarcación, su rumbo, su velocidad, su motor y la apariencia de su carga, son cinco indicios plenamente acreditados, e interrelacionados, de los que cabe deducir racionalmente que nos encontramos ante una operación de transporte de droga.

El comportamiento de los acusados al ser avistados por el helicóptero, su cambio de rumbo, su huida, su negativa a detener la embarcación pese a los disparos, y sobre todo, el lanzamiento al mar de los fardos, constituyen otros cuatro indicios relevantes acerca de la naturaleza de la operación y de la carga.

Las declaraciones testimoniales, el visionado de las grabaciones y los dictámenes periciales practicados, no ofrecen duda alguna, y permiten deducir, conforme a elementales reglas de experiencia, que los acusados transportaban hachís a la península con destino al tráfico, y obtener una convicción suficiente sobre su peso aproximado.

²²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda), núm. 832/2007 de 5 de octubre²²⁴ (RJ 2007, 8269); Ponente: Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

la concurrencia de la acción típica. Y así ha ocurrido en el presente caso. El razonamiento deductivo exteriorizado por la Sala de instancia, tal y como hemos analizado al resolver el motivo anterior, no contiene atisbo alguno de irracionalidad, y está asentado sobre una base probatoria sólida. Por todo lo expuesto el motivo se va a desestimar y, con él, la totalidad del recurso.

II.5- LA HIPERAGRAVACIÓN DE “GRAVEDAD EXTREMA”

A. GENERALIDADES

El artículo 370 del código penal es donde se regulan las conocidas “agravaciones de segundo orden” en materia de tráfico de drogas. Tras múltiples reformas del precepto orientadas fundamentalmente a determinar el concepto “extrema gravedad”, la redacción actual del artículo 370 del Código Penal ha quedado así, tras una última reforma a través de la LO 1/2015:

Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:

- *1.º Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.*
- *2.º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.ª del apartado 1 del artículo 369.*
- *3.º Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.*

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

En los supuestos de los anteriores números 2.º y 3.º se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito.

El art. 370 agrava la pena privativa de libertad (según se trate de drogas que causen grave daño a la salud o de las que no causen tan grave daño) y la de multa del tanto al séxtuplo (siempre, esto es, con independencia de que se trate de una clase u otra de drogas) de los tipos agravados de tráfico de drogas del art. 369 de manera obligatoria («impondrán», dice el precepto) «cuando las conductas en él definidas sean de extrema gravedad.

La reforma operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, acabó, al menos en parte, con la indefinición de la expresión legal extrema gravedad, que había sido tachada por la jurisprudencia y por la doctrina científica como contraria a las exigencias del principio de legalidad y que necesitaba de una concreción para darle el valor de *lex certa* y crear una mínima seguridad jurídica en su aplicación, teniendo en cuenta sobre todo la pena tan elevada que podía derivarse de su apreciación²²⁵.

Es en el citado art. 370 CP donde se castigan las conductas más graves para el bien jurídico y dentro de ellas serán las básicas del art. 368 CP cuando se aprecien de extrema gravedad, es decir cuando los actos de cultivo, elaboración o los tráfico de cualquier clase en los que pueda manifestarse tienen una intensidad que resultan tan excesivos que adquieren una relevancia extrema y un rechazo social tan elevado que merecen una pena proporcional a esa gravedad por el ataque tan intenso al conjunto de la sociedad.

El contenido actual de la agravación de tráfico de drogas en función

²²⁵ MUÑOZ CUESTA, F, Extrema gravedad en tráfico de drogas: apreciación exclusivamente por la cantidad de droga con la que se trafica, Repertorio de Jurisprudencia num.29/2008 parte Comentario Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2008.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

de la extrema gravedad de alguna de las conductas tipificadas en el art. 368 CP se concreta en lo siguiente: cuando se traficase con cantidades que excediesen notablemente de las que se considera de notoria importancia; o bien se utilicen buques o aeronaves como medio de transporte específico; se simulen operaciones de comercio internacional entre empresas; cuando actúen redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades o finalmente si concurren tres o más de las circunstancias agravatorias del art. 369.1 Código Penal (en su redacción anterior a la reforma operada por la LO 1/2015, de reforma del Código Penal).

Vamos a desarrollar en el presente apartado la agravación específica de extrema gravedad en los casos en que **la cantidad de las sustancias a que se refiere el art. 368 CP excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia** que presenta algún problema interpretativo derivado de que habrá que determinar en primer lugar cuando hay notoria importancia y posteriormente cuando se excede notablemente de tal notoria importancia. Como hemos tenido ocasión de comentar, cantidades que se consideran de notoria importancia actualmente están concretadas, son de normal y pacífica aplicación, desde el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001, estableciéndose en las drogas de uso más frecuente las cantidades de 2,5 kg en hachís, 300 g en heroína y 750 g en cocaína, criterios que son de corriente aplicación por nuestros Tribunales.

B. REQUISITOS PARA SU APRECIACIÓN. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

En la redacción vigente del artículo 370 del Código Penal, en vigor a partir del 1 de octubre de 2004 se explica qué se considera de extrema

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

gravedad los casos en los que la cantidad de sustancia excediera notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se utilizasen buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se simulasen operaciones de comercio internacional entre empresas o se tratase de redes internacionales.

Con anterioridad al año 2004 el Código Penal no contenía esa especificación de lo que debía considerarse “extrema gravedad” y el Tribunal Supremo no consideraba que la importancia cuantitativa de la sustancia intervenida fuese suficiente por sí sola para apreciar “extrema gravedad”, sino que exigía la concurrencia de otros datos.

Hay Sentencias del Tribunal Supremo que explican que resulta imprescindible para apreciar la extrema gravedad que la sustancia intervenida exceda en mucho la que se exige para apreciar la notoria importancia, habiéndose establecido como criterio que se supere en más de mil veces lo que supondría la apreciación de la notoria importancia.

No obstante, como ya hemos indicado, con la redacción vigente hasta octubre de 2004 el Tribunal Supremo venía exigiendo que concurriesen otros elementos para poder apreciar la extrema gravedad, señalando además que **debía aplicarse restrictivamente esa “hiperagravación”**, teniendo en cuenta las características concretas de la contribución de cada acusado al delito.

Justifica el fundamento de la hiperagravación la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1994²²⁶ que junto a la protección

²²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1889/1994 de 31 octubre. (RJ 1994\9076); Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez:

El principio constitucional de proporcionalidad, que supone que la pena correspondiente a una tipicidad se estima necesaria para la protección de bienes e intereses y adecuada a tales fines, se refiere, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991, de 4 julio (RTC 1991\150), tanto a la previsión general en relación con los hechos punibles, como a su determinación en concreto y es competencia del legislador en el ámbito de la política criminal. Este principio se toma en cuenta en los arts. 344 y 344 bis b) del Código Penal, donde se atiende, no sólo a la lesión o al peligro que el delito contra la salud pública en su

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

del bien jurídico salud pública señala que se «pretende disuadir asimismo con las graves sanciones al traficante y cooperador de tan vil comercio que tanto dolor y delito deja en su camino». Y en el mismo sentido se expresa generalmente la jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1999²²⁷ advierte que el fundamento de la

modalidad del tráfico de drogas puede ocasionar, sino que pretende disuadir asimismo con las graves sanciones al traficante y cooperador de tan vil comercio que tanto dolor y delito deja en su camino.

²²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1534/1999 de 16 diciembre. RJ 1999\9699; Ponente: Excmo. Sr. Gregorio García Ancos

El problema planteado ha sido objeto de un amplio debate tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial al constituir este subtipo agravado de «extrema gravedad» un concepto excesivamente complejo, no ya sólo por su indeterminación cuantitativa, sino sobre todo por coincidir en todos los casos con la también circunstancia agravatoria de la «notoria importancia», habiéndose indicado, de manera un tanto general, pero también reduccionista, que aquélla debe aceptarse cuando exista en la acción un gran reproche, no sólo penal, sino también social, por constituir el destino mercantil de la droga y su distribución un gravísimo peligro, un peligro fuera de lo normal en el tráfico de estos productos prohibidos. Haciendo más concreción del problema, hemos de indicar lo siguiente: a) Se trata de una figura cualificada de «segundo grado», también denominada por algún autor como una «hiperagrante», pues tanto con ella como con los demás relacionadas en el artículo 370, se produce una nueva agravación sobre las recogidas en el artículo 369. b) Su interpretación ha de ser, no sólo muy cuidadosa, sino también esencialmente restrictiva, al suscitar dificultades en relación a las exigencias propias del principio de legalidad en su vertiente de «lex certa», pues no cabe duda de que se trata de un concepto jurídico indeterminado que necesariamente produce inseguridad jurídica. Esta interpretación restrictiva también nace de la posibilidad que existe, con su aplicación, de vulnerar el principio «usa bis in idem» en relación con el primer subtipo agravado de la «notoria importancia» recogido en el artículo 368 del mismo Código Penal. (Sentencias del TC 105/1988 [RTC 1988\105] y 150/1991 [RTC 1991\150] y del TS de 11 y 29 de diciembre de 1995 [RJ 1995\9233 y RJ 1995\9632]). c) En todo caso, su existencia o inexistencia ha de integrarse a partir de elementos no sólo cuantitativos sino también cualitativos, pues el precepto no habla de «extrema cantidad», sino de «extrema gravedad» haciendo depender, además, esta muy relevante gravedad más que del producto en sí mismo objeto del tráfico, de la «conducta» observada por los traficantes, pues así expresa y literalmente se dice al emplear la frase «cuando las conductas en él definidas» (los del artículo anterior). d) De ello se infiere que esta agravación requiere unos requisitos de carácter objetivos, pero también subjetivos. Entre los primeros cuenta, no cabe duda, la cuantía de la droga aprehendida y su pureza, pero a ellos se deben añadir otros elementos sobre la forma de realizarse la acción, como son los instrumentos materiales para llevarla a efecto, la organización previa y, en conjunto, lo que podríamos denominar la «logística» especialmente preparada. En cuanto a lo subjetivo no cabe duda que debe tenerse en cuenta el papel o «rol» que hayan podido jugar los acusados en la operación en cada caso concreto, pues, insistimos, la norma nos habla de «acción peligrosa» y ese peligro no puede achacarse lo mismo a

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

agravación de la extrema gravedad parte de que la acción merece «un gran reproche, no sólo penal, sino también social, por constituir el destino mercantil de la droga y su distribución un gravísimo peligro, un peligro fuera de lo normal en el tráfico de estos productos prohibidos».

Como se observa, de nuevo, se introduce un concepto normativo completamente indeterminado cuyo contenido ha sido dejado en manos de los jueces, con lo cual, las críticas que se realizaron al concepto indeterminado de «notoria importancia» han de ser trasladadas a esta segunda agravación;

La jurisprudencia reconoce el carácter de concepto jurídico indeterminado de la «extrema gravedad» y se muestra muy cauta en su aplicación como por ejemplo lo hace, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001²²⁸, sin duda influenciada por la pena tan elevada a que da lugar su apreciación.

Acerca de la naturaleza del precepto estudiado en el presente apartado, podemos citar las reflexiones que realiza la Sentencia del Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de mayo de 2004²²⁹:

”Desde la incorporación al CP, por la reforma de la LO 1/1988 de 24 de marzo, de la superagravante de «extrema gravedad» ha sido cuestión discutida en la doctrina y en la misma jurisprudencia de esta Sala, por ser tan abierta e imprecisa la calificada como «polémica expresión legal» en la sentencia 774/97, de 30 de mayo de 1997 (RJ 1997\ 4445), que destaca la evolución

personas que juegan un papel importante y decisivo en la acción delictiva que a aquellos que son simples mandatarios o asalariados. Así, a guisa de ejemplo, no se puede aplicar el mismo baremo de peligrosidad o medir por el mismo rasero al capitán del buque que transporta la droga que a un simple marinero aunque sea también componente de la tripulación.

²²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1095/2001 de 16 julio.(RJ 2001\6498); Ponente: Excmo. Sr.Cándido Conde-Pumpido Tourón.

²²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 582/2004 de 10 mayo. RJ 2005\4298; Ponente: Excmo. Sr.José Aparicio Calvo-Rubio.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

jurisprudencial para ir encajando sus iniciales discrepancias, decantándose hacia posiciones de equilibrio en la fijación de tal concepto indeterminado a fin de garantizar el juego de principios como el de seguridad jurídica y legalidad en términos de aceptable convivencia superando con sucesivas modulaciones «su carácter sumamente indeterminado» (S. 16-10-98 [RJ 1998\ 8079]) y su concepto «excesivamente complejo» (S. 16-7-2001 [RJ 2001\ 6498]).

La sentencia de 11-6-91 (RJ 1991\ 4592)) pronto precisó que la hiperagravación de «extrema gravedad» del artículo 344 bis b)) no vulneraba el principio non bis in idem, a pesar de configurarse la «notoria importancia» como integrante del subtipo agravado del art. 344 bis a) 3º, ambos del CP 1973, que ahora se corresponden esencialmente con los arts. 370 y 369.3º del Código vigente. Ya se suscitó en aquel caso el posible planteamiento de la inconstitucionalidad de este supuesto superagravado, de acuerdo con un sector doctrinal, que no fue asumido por esta Sala, que sí ha destacado reiteradamente, que al ser el concepto de extrema gravedad «sumamente indeterminado», exige una interpretación restrictiva y de cuidadosa aplicación en cada caso, sin que sea suficiente, por sí solo, el criterio de la cantidad, sino que han de existir otras circunstancias como, entre otras, el de concurrencia simultánea de varias de las agravaciones recogidas en el art. 369 (por todas Sentencia del Tribunal Supremo 933/1998, de 16 de octubre).

El criterio de la cantidad, en efecto, ha sido significativo pero no decisivo. El subtipo agravado de extrema gravedad se superponía a otro elemento valorativo indeterminado como es la cantidad de «notoria importancia». El art. 370 CP como antes el 344 bis b) del CP de 1973- no dice extrema cantidad sino extrema gravedad, como se ha dicho y

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

repetido en numerosas sentencias.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1995²³⁰, entre muchas, dijo expresivamente que el legislador ha previsto una agravación de primer grado por la cantidad (en referencia a la notoria importancia del art. 369.3º, actual apartado 5º) y sobre ésta podría haber establecido otra segunda referida a casos extremos, pero no lo ha hecho así pues «no habla de extrema cantidad sino de extrema gravedad; lo mismo dijo la Sentencia de 19 de junio de 1995²³¹ refiriéndose al art. 344 bis b) del Código anterior. En el sentido que apuntan esas sentencias se orienta la modificación del art. 370 CP por LO 15/2003.

La Sentencia de 16 de octubre de 1998²³² precisaba que “la aplicación de esta hiperagravación requiere como requisito imprescindible que nos encontremos ante una cantidad de droga enormemente elevada, ciertamente extrema o absolutamente excepcional, pero dicho requisito único de cantidad no es suficiente, sino que la agravación exige además la apreciación de otros elementos cualitativos, que actúen al límite la

²³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1331/1995 de 29 diciembre. RJ 1995\9632; Ponente: Excmo. Sr.Joaquín Delgado García:

El legislador ha previsto una agravación por la cantidad de primer grado, la del número 3.º del artículo 344 bis a) (cantidad de notoria importancia) y sobre ésta podría haber establecido otra segunda referida a los casos extremos al respecto, pero no lo ha hecho así, pues no habla de extrema cantidad, sino de extrema gravedad refiriendo este concepto a las conductas definidas en el artículo anterior (también a las del número 3.º). Entendemos que, ante tal forma de expresarse («conductas... de extrema gravedad»), hemos de examinar en cada caso cada uno de los comportamientos concretos y siempre en su globalidad, es decir, en el conjunto de elementos que lo conforman, objetivos y subjetivos, todos aquellos que nos puedan conducir a reputar una conducta personal como más o menos reprochable, por el acto en sí mismo o por la implicación de cada cual en dicho acto, para situar la extrema gravedad en un punto más o menos próximo a aquel en que se encuentra el extremo de los comportamientos posibles en esta clase de conductas, ya de por sí graves por referirse a las del artículo anterior - artículo 344 bis a)- que ordena imponer las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el que le precede (artículo 344).

²³¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 791/1995 de 19 junio. (RJ 1995\4827); Ponente: Excmo. Sr.Joaquín Delgado García

²³² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 933/1998 de 16 octubre. (RJ 1998\8079); Ponente: Excmo. Sr.Cándido Conde-Pumpido Tourón.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

gravedad de la conducta, examinada en su globalidad, es decir, en el conjunto de elementos objetivos y subjetivos que conforman el concreto comportamiento enjuiciado...». El elemento cuantitativo es, en suma, un requisito indispensable pero no suficiente para apreciar el subtipo del art. 370 CP, lo que explica que la valoración del criterio cuantitativo seguido por esta Sala haya sido dispar en diferentes casos en los que, por acotados sólo al hachís, que es lo que importa en este recurso, se haya estimado que existía la superagravante cuando la droga ocupada fueron 2,062 kg (S. 14-3-1995 [RJ 1995\ 3943] y negada en casos de 4.005 kg (S. 30-5-97 [RJ 1997\ 4445]), 4.049 kg (S. 19-6-95 [RJ 1995\ 4827] o 17.191 kg S. 17-7-93 [RJ 1993\ 6146]) por citar algunos de los más expresivos.”

C. CRITERIO JURISPRUDENCIAL ACTUAL

Esta indeterminación, al igual que con la notoria importancia se cierra con un nuevo Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo²³³.

El Acuerdo del Pleno establece que “extrema gravedad” es el resultado de multiplicar por mil las cantidades establecidas como de notoria importancia. Este acuerdo no hace más que recoger la tendencia jurisprudencial, prácticamente consolidada, Sentencias del Tribunal

²³³ Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008:

3.- Asunto: Alcance de la extrema gravedad en relación con el exceso notable de notoria importancia y utilización del buque.

Acuerdo: La aplicación de la agravación del Art. 370.3 del C.P. Referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Supremo de de 9 de abril de 2007²³⁴ (cuyo fundamento referido a la

²³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª)núm. 265/2007 de 9 abril. RJ 2007/2258; Excmo. Sr.Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre:

En relación a la primera infracción de Ley denunciada, esta Sala ha reconocido que el carácter indeterminado del concepto «de extrema gravedad» –antes de la reforma de la LO. 15/2003 – suscitó la crítica de la doctrina y la preocupación de la jurisprudencia (SSentencia del Tribunal Supremo 309/2005 de 8.3 [RJ 2005, 7472] , 343/2003 de 12.3 [RJ 2004, 1607] , 2292/2002 de 29.11 [RJ 2002, 1427] , 1095/2001 de 17.7 [RJ 2001, 6498]), en relación a las exigencias propias del principio de legalidad en su vertiente de lex certa y por ello se ha defendido una interpretación cuidadosa y restrictiva de la mencionada expresión legal y si bien no cabe distinguir a estos efectos entre drogas «duras» y las que no afectan gravemente a la salud, aunque naturalmente las cifras diverjan según la naturaleza de cada sustancia (SS. 4.2.98 [RJ 1998, 938] , 13.11.2001 [RJ 2001, 10327] , 3.12.2002 [RJ 2003, 544] , 22.9.2003 [RJ 2003, 7526]), en la concreción de estos aspectos generales, caracterizadores de la extrema gravedad, los precedentes jurisprudenciales han sido particularmente exigentes en los casos en los que solamente se ha considerado la cantidad de drogas que no causan grave daño a la salud (SSentencia del Tribunal Supremo 14.3.95 [RJ 1995, 3943] , 21.196, 6.6.97 [RJ 1997, 4867] , 24.10.2000 [RJ 2000, 8794]).

Esta Sala en sentencias como la 343/2004 de 12.3 (RJ 2004, 1607) , y 1954/2000 de 1.2 (RJ 2000, 1914) , señaló que la extrema gravedad prevista en el subtipo hiper-agravado del art. 370, se construye, no solamente sobre el aspecto meramente cuantitativo de la droga ocupada, aunque indudablemente es preciso partir como primer dato para el análisis, de la cantidad aprehendida por relación a las cantidades por encima de las cuales opera la agravación de notoria importancia; junto a este primer dato inicial, habrá que añadir el porcentaje de componente tóxico y la potencial capacidad de llegar a un mayor número de consumidores por lo que entraña un mayor riesgo para la salud pública; otros datos a tener en cuenta serán la posible concurrencia simultánea de varias agravaciones de las previstas en el art. 369 CP.

Es un dato de experiencia –siguen apuntando aquellas sentencias– que en estos casos la existencia de una organización viene a ser un presupuesto casi imprescindible. Otro dato sería el uso o empleo de medios especialmente idóneos y complejos para este tráfico, y por tanto dada la naturaleza clandestina de la red, la especial complejidad tendente a su opacidad, ocultación y a burlar su persecución.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta el papel que el acusado desempeña en el hecho, examinando si actúa en interés propio o al servicio de otra persona, para excluir tal extra agravación a estos últimos (Sentencia del Tribunal Supremo 1177/2003 de 12.9 [RJ 2003, 6456]). Por ello esta hiper-agravación no es aplicable a los meros peones, a quienes se encomienda funciones subalternas que carecen de toda capacidad de decisión (Sentencia del Tribunal Supremo 1422 de 10 de julio de 2001 [RJ 2001, 7154]).

Por todo ello, la extrema gravedad no es sólo extrema cantidad, y ello en garantía de la no vulneración del principio in dubio pro reo y del respeto a los principios de seguridad y legalidad, de exigencia más cuidada en casos en los que, por decisión del Poder Legislativo, la precisa determinación de ciertos elementos normativos del tipo –como ocurre en el art. 370– quedan, en su

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

extrema gravedad transcribimos íntegramente al pie debido a su interés doctrinal) , la Sentencia de 19 de marzo de 2007²³⁵, y la Sentencia de 3 de abril de 2008²³⁶, estiman como cantidad de extrema gravedad la de mil veces superior a la de notoria importancia, al considerarse que excede notablemente a esa notoria importancia, ya que esas cantidades suponen un riesgo de difusión entre un número indeterminado de consumidores que hace que la conducta sea abiertamente atentatoria a las normas más

determinación a la decisión judicial, y, singularmente, a la de esta Sala casacional en su papel de último intérprete de la legalidad ordinaria en materia penal (SSentencia del Tribunal Supremo 1884/99 de 31.10 (sic) [RJ 1994, 9076] , 791/95 de 19.6 [RJ 1995, 4827] , 128/98 de 4.2 [RJ 1998, 938] , 1954/2000 de 1.7 [RJ 2001, 1914] , 29.11.2001 [RJ 2002, 1427] , 14.5.2002 [RJ 2002, 5675] , 22.9.2003 [RJ 2003, 7526]).

Es cierto que parte de esa problemática ha quedado solventada, tras la reforma llevada a cabo por la LO 15/2003, que en el art. 370.3, da una definición auténtica de lo que debe entenderse por conducta de «extrema gravedad», en materia de tráfico de drogas, al decirse que «se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el art. 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurriesen tres o más de las circunstancias previstas en el art. 369.1 CP».

Siendo así debe entenderse que los 4.103,68 kg –máxime cuando tienen una concentración de THC tan elevada como de 11,6% a 21,6% constituyen una cantidad de notoria importancia en grado extremo, en cuanto supera en más de 1.600 veces la cuantía que venimos considerando como el límite para aplicar en el hachís la agravación específica de notoria importancia (a partir de 2,5 kg según el Pleno no jurisdiccional de 19.10.2001 [JUR 2002, 77558]) y supera, por ejemplo, la fijada en la Sentencia del Tribunal Supremo 309/2005 de 8.3 (RJ 2005, 7472) , que se refería a 3.081 kg; también la de 2.768 kg tomada en cuenta en la Sentencia del Tribunal Supremo 1323/2003 de 17.10 (RJ 2003, 4079) ; e igualmente los 2.915 kg contemplados en la Sentencia del Tribunal Supremo 655/2002 (RJ 2002, 4079) ; los 1.699 kg de la Sentencia del Tribunal Supremo 1422/2001 de 10.7 (RJ 2001, 7154) ; los 1.566 kg de la Sentencia del Tribunal Supremo 1260/2000 de 7.7 (RJ 2000, 6614) ; y a la cantidad tenida en cuenta por la Sentencia del Tribunal Supremo 1954/2000 (RJ 2001, 1914) que le aplicó en un alijo de 3.641 kg

Más reciente, y en exactos términos se pronuncia Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 312/2011 de 29 abril. (RJ 2011\4272); Ponente: Excmo. Sr.Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

²³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 224/2007 de 19 marzo.(RJ 2007\4714); Ponente: Excmo. Sr.Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

²³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 75/2008 de 3 abril. RJ 2008\3571; Ponente: Excmo. Sr.Manuel Marchena Gómez.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

elementales de convivencia y merecedora de una pena acorde con esa gravedad.

La Fiscalía General del Estado en la Circular 2/2005, de 31 de marzo, mantenía el criterio que aprecia como adecuado para hallar la conducta extrema por la cantidad de droga con la que se trafica es de quinientas veces superior al límite acordado por el Tribunal Supremo para la notoria importancia, ello sin duda siguiendo un paralelismo en la manera de determinar la notoria importancia, que será cuando supere las quinientas dosis del consumo diario medio.

D. LÍMITES SUBJETIVOS EN LA APLICACIÓN DE LA HIPERAGRAVANTE

La ya citada Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1534/1999 de 16 diciembre²³⁷ nos indicaba que “en cuanto a lo subjetivo no cabe duda que debe tenerse en cuenta el papel o «rol» que hayan podido jugar los acusados en la operación en cada caso concreto, pues, insistimos, la norma nos habla de «acción peligrosa» y **ese peligro no puede achacarse lo mismo a personas que juegan un papel importante y decisivo en la acción delictiva que a aquellos que son simples mandatarios o asalariados**. Así, a guisa de ejemplo, no se puede aplicar el mismo baremo de peligrosidad o medir por el mismo rasero al capitán del buque que transporta la droga que a un simple marinero aunque sea también componente de la tripulación.

Parece que ésta ha sido la línea doctrinal mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entendiendo en resoluciones como la

²³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1534/1999 de 16 diciembre. RJ 1999\9699; Ponente: Excmo. Sr.Gregorio García Ancos

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Sentencia de 19 de marzo de 2007²³⁸ entiende que aunque la cantidad tenga la relevancia de ser mil veces superior a la de notoria importancia si los partícipes no se encuentran en el núcleo de la red clandestina, sólo se les aplicará la agravación del art. 369.1 circ. 6ª de notoria importancia y no la de extrema gravedad.

Pero existen pronunciamientos en sentido contrario, como lo es la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2008²³⁹ o la Sentencia de 24 de septiembre de 2008²⁴⁰ que entienden que no hay apoyo en la norma para estimar que la agravación es aplicable únicamente a los que tienen un papel importante en la organización que se dedica a la distribución de la droga y que tal estimación sería *contra legem*, decantándose sin duda por la estimación puramente cuantitativa, ya que las otras situaciones de ser los responsables jefes, administradores o encargados de la organización están contempladas con autonomía en el núm. 2º del propio art. 370 CP.

Pero una las Sentencias más llamativas sobre la aplicación de la extrema gravedad, lo es la **Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2007 (Rc 1018/07)**, ya que no considera incluido en el supuesto de **extrema gravedad**, la aprehensión de casi cuatro toneladas de haschis, pues para la aplicación de dicha agravación se necesita «la concurrencia de otras circunstancias relevantes, tales como el empleo de importantes medios organizativos, buques, etc, así como un papel

²³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 224/2007 de 19 marzo. (RJ 2007\4714); Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

²³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 45/2008 de 29 enero. (RJ 2008\1564); Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo.

²⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 576/2008 de 24 septiembre. (RJ 2008\5600); Ponente: Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez:

En principio, tiene razón el Fiscal cuando rechaza la línea argumental de la Sala de instancia que erige como presupuesto para la aplicación del tipo agravado, más allá de los parámetros cuantitativos, la necesidad de que los imputados ocupen un puesto relevante en la organización llamada a la distribución clandestina de la droga. No hay en la nueva regulación apoyo para esa pauta interpretativa *contra legem*.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

relevante de los autores en la actividad delictiva y no, como en el presente caso, **cuando se trate de meros transportistas subalternos que trasladan la sustancia, una vez desembarcada, en dos vehículos»** (FJ 2.º).

Sobre los límites subjetivos en la aplicación de la hiperagravación de extrema gravedad, más recientemente se ha pronunciado la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 561/2012 de 3 julio**²⁴¹, afirmando que “desde el plano subjetivo debe atenderse el papel realizado por cada interviniente en la conducta, distinguiendo quienes sean mandatarios y a otros implicados en la conducta y quienes son meros subalternos en la acción dirigida por otras (STS 110/2010, de 24-2 (RJ 2010, 3927) ; 209/2007, de 9-3 (RJ 2007, 1929)). Por tanto ha de tenerse en cuenta el papel que desempeña cada involucrado en el hecho, examinando si actúa su interés propio o al servicio de otra persona, no siendo esta superagravación quienes se encomiendan funciones subalternas que carecen de toda capacidad de decisión (STS 808/2005, de 23-6 (RJ 2005, 7684) ; 178/2006, de 16-2 (RJ 2006, 1068) ; 209/2007, de 9-3 (RJ 2007, 1929) ; 111/2010, de 24-2 (RJ 2010, 3504)).”.

²⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 561/2012 de 3 julio; (RJ\2013\2298) Ponente: Excmo Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

III. OTROS LÍMITES JURISPRUDENCIALES A LA EXPANSIÓN TÍPICA EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

III.1. LA DONACIÓN DE DROGA A DROGODEPENDIENTES

- E. INTRODUCCIÓN*
- F. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL*
- G. REQUISITOS JURISPRUDENCIALES PARA APRECIAR
COMO ATÍPICA LA DONACIÓN DE DROGAS.*
- H. LA ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL
DE DETERMINADOS SUPUESTOS DE DONACIÓN DE DROGAS.*
 - i. LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DE
PARENTESCO*
 - ii. ATENUANTE POR ANALOGÍA DE
EXIMIENTE INCOMPLETA DE ESTADO DE NECESIDAD*
 - iii. ATENUANTE ANALÓGICA DE MIEDO
INSUPERABLE*
 - iv. ATENUANTE DE ESTADO PASIONAL*

III.-2 EL CONSUMO COMPARTIDO

- E. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN*
- F. FUNDAMENTO DE LA CAUSA DE ATIPICIDAD*
- G. REQUISITOS JURISPRUDENCIALES PARA LA APRECIACIÓN
DEL CONSUMO COMPARTIDO*
- H. LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES DE CANNABIS
COMO FORMA DE AUTOCONSUMO COMPARTIDO*
 - i. ANTECEDENTES*
 - ii. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL SOBRE
LAS ASOCIACIONES DE CANNABIS.*
 - iii. ESPECIAL REFERENCIA A LA
SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM.
484/2015 DE 7 SEPTIEMBRE*

III.3- EL ESTADO DE NECESIDAD OBJETIVO JUSTIFICANTE EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

- E. EL ESTADO DE NECESIDAD: BREVE REFERENCIA A LA
PONDERACIÓN DE INTERESES EN CONFLICTO*

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

F. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA SITUACIÓN DE ESTADO DE NECESIDAD EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

G. LA PONDERACIÓN DE INTERESES EN CONFLICTO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

H. LA APRECIACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA MODIFICATIVA DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE ESTADO DE NECESIDAD EN EL TRÁFICO DE DROGAS

- i. COMO EXIMENTE COMPLETA*
- ii. COMO EXIMENTE INCOMPLETA*
- iii. COMO ATENUANTE ANALÓGICA*

III.1 LA DONACIÓN DE DROGA A DROGODEPENDIENTES

A. INTRODUCCIÓN

Señala Córdoba Roda, que la Jurisprudencia ha fundado tradicionalmente la relevancia penal de las conductas en el riesgo de generalización del hábito del consumo y en la lesión potencial de la salud de un número indeterminado de ciudadanos- consumidores. En consecuencia, y efectuando una interpretación restrictiva desde el bien jurídico ha venido negando la realización del tipo por falta de antijuricidad material cuando, aun cumplido formalmente el mismo, no se acredita el riesgo de generalización del consumo o la potencial lesión de la salud del colectivo de potenciales consumidores.

Destaca el mencionado autor la la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2001, que recoge abundante jurisprudencia al respecto, y distingue los supuestos en que la doctrina de la Sala viene pronunciando sentencias absolutorias (...) cuando el comportamiento concreto no pone en riesgo la salud pública, o para procurar su gradual deshabitación, en

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

supuestos similares, y entre las que se encuentra el suministro de droga a una persona allegada para aliviar de inmediato un síndrome de abstinencia o para evitar los riesgos de un consumo clandestino en malas condiciones de salubridad, o para procurar su gradual deshabituación, o en supuestos similares.

SEQUEROS SATAZORNIL distingue dos supuestos distintos:

a) Entrega a persona consumidora, sin potencial riesgo de difusión. La doctrina del Tribunal Supremo viene afirmando que no es constitutivos de tráfico de drogas la entrega de las mismas a una persona ya consumidora, por no constituir una conducta típica esa entrega cuando no existe el peligro de facilitación o promoción del consumo por persona indeterminadas, que si precisa de la protección penal exigida por la finalidad de tutelar eficazmente el bien colectivo de la salud pública cuando, por el contrario no exista peligro. Ni tampoco se puede apreciar el necesario elemento de culpabilidad, para sancionar penalmente la conducta consistente en entregar droga en forma que descarte cualquier posibilidad de difusión pública de la misma, a un consumidor que no entrega contraprestación alguna y procede a la toma de la droga voluntariamente y de forma inmediata en presencia del propio suministrador de la misma (SS 2 de noviembre y 18 de diciembre de 1992; 22 febrero, 25 marzo, 3 y 7 de julio 1993; 18 abril, 25 noviembre 1994; 12 y 27 enero, 3 y 28 marzo, 23 mayo y 25 septiembre 1995).

b) Donaciones a Drogodependientes por familiares o allegados, de cantidades mínimas, con carácter gratuito, por motivos piadosos o para facilitar su deshabituación. Se considera igualmente atípica la entrega de droga a una persona concreta que ya es consumidora inveterada de las mismas, con el propósito de evitarle los sufrimientos y la angustiada situación generadas por el síndrome de abstinencia , lo que excluye también de la conducta del agente, el necesario elemento

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

de culpabilidad para su sanción, siempre que se constate que la entrega se hace sin exigir contraprestación alguna y el consumidor la tome en presencia del suministrador y de forma inmediata. Dichas conductas deben extraerse del campo punitivo, en la medida en que para que pueda entenderse cometido el delito es menester que el peligro como riesgo de lesión del bien jurídico protegido se encuentre realmente presente en la acción, para que ésta incluya el contenido de antijuricidad material y adecuación del tipo. Sin que por otra parte las mismas generen el rechazo social, que reactivamente conllevan los actos de tráfico, como actividad éticamente reprobable.

Debemos decir, que la distinción que ofrece SEQUEROS SAZATORNIL, carece de efectos prácticos, ya que, como se verá, la jurisprudencia confunde ambos supuestos, exigiendo siempre para la apreciación de la atipicidad de la conducta los mismos requisitos.

B. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Al igual que ha ocurrido con la apreciación de la atipicidad de las conductas relacionadas con el tráfico de drogas en las que por la extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cualitativa del objeto de material del delito, esto es, por la aplicación del conocido principio de insignificancia, la jurisprudencia inicialmente ha mostrado su animadversión a considerar como conducta atípica, una acción, en la que se cumplen los elementos típicos del delito de tráfico de drogas, es decir, existe antijuricidad formal, y por la concurrencia de determinados requisitos, pueda entenderse que no existe lesión del bien jurídico protegido, es decir, antijuricidad material.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido tajante, como se demuestra en la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 28

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

septiembre 1990²⁴², en un supuesto en el que la Audiencia absolvió al acusado, del delito contra la salud pública del que era acusado. Establece la Sentencia que, “en efecto, dado los hechos declarados probados, la Sentencia recurrida contraría la doctrina reiterada de esta Sala que en idénticos supuestos a los aquí contemplados (pequeñas dosis de drogas introducidas en las prisiones por familiares de los reclusos), entre otras las Sentencias de 15 de noviembre de 1985 (RJ 1985\ 5416), 18 febrero 1986 (RJ 1986\ 620) y 4 de marzo de 1987 (RJ 1987\ 1863), viene declarando que la donación, incluso en las formas más simples de regalo o de invitación, queda incluida en el concepto de tráfico jurídico omnicomprendido de cuantos títulos o figuras contractuales sirven de vehículo principal o accesorio para la transmisión de la droga, porque los donativos desinteresados y de escaso monto cumplen siempre una función facilitadora del consumo, al favorecer su uso; ahora bien, lo que no aparece es que el procesado tuviera una intención difusora cuando lo introdujo en la prisión dada la mínima cantidad de hachís que hacía pasar a su hermano”.

Pero lo llamativo de esta Sentencia, es la apreciación que hace la Sala en el mismo Fundamento Jurídico Primero, en clara crítica a los términos que utilizó la Sentencia de Instancia para acordar la absolución:

“lo que obliga a dictar segunda Sentencia más ajustada y conforme a derecho, sin que aparezcan muy acertadas las referencias a las «orientaciones de progresismo subjetivador», que se hacen en la

²⁴² Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 28 septiembre 1990 RJ 1990\ 7264 Excmo. Sr. D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara.

Se declara probado que el acusado Francisco de Asís S. R., envió a su hermano César R. sujeto a los efectos de la drogadicción de la que era adicto e interno en la tercera galería del Centro Penitenciario de Hombres de Barcelona, un trozo de la sustancia estupefaciente «cannabis sativa», en la preparación «Hachís», de un peso neto de 4,950 gramos, que estaba oculto en los tacones de unos zapatos habidos en el interior de un paquete que a su vez se lo había entregado su madre y que fue entregado por el acusado en el departamento correspondiente del citado Centro.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Sentencia recurrida, como un argumento más para acordar la absolución del procesado, por cuanto si las normas, por imperativo de lo dispuesto en el art. 3.º-1 del C. Civil, han de interpretarse según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, tal realidad no propicia la interpretación efectuada en dicha Sentencia, como evidencia la última reforma operada recientemente en la materia por Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo”

Es decir, el Tribunal Supremo crítica la interpretación que hace la Audiencia, y que como se verá, pocos años después hará suya.

Otras Sentencias llegan a conclusiones curiosas, pero también interesantes, como es la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 628/1992²⁴³, en la que se dice que no existe dolo específico de difundir, pero que en todo caso, “el delito de tráfico de drogas se comete también por el poseedor de una pequeña cantidad que destina al tráfico al donarla para el consumo de su hermano ya que dada la importancia del bien jurídico protegido y la gravedad de los efectos que puede tener la droga sobre éste, se comete también por actos aislados o de poca entidad cuantitativa en razón del peligro que tales acciones llevan consigo para el bien jurídico.

Cuando la tenencia es acto preparatorio de otro posterior de tráfico

²⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 628/1992, RJ 1992\2384 Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín

El párrafo segundo del art. 344 del Código Penal establece la imposición de las penas superiores en grado a las previstas en el párrafo primero cuando las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se difundan -entre otros medios-, en establecimientos penitenciarios.

Se requiere en el autor del hecho el dolo específico de difundir que equivale a divulgar, esparcir, extender o propagar la droga, haciéndola circular por el interior del recinto penitenciario. En el caso presente, el hecho probado descarta tal intencionalidad al afirmar clara y tajantemente que la droga iba destinada al hermano del procesado que se encontraba recluso en la prisión. La ausencia de tal intencionalidad puede también deducirse de la escasa cantidad lanzada al interior del recinto penitenciario, que refuerza la afirmación del hecho probado de que la droga no era para el consumo y difusión del resto de la población penitenciaria. Por lo expuesto debemos estimar el motivo.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

-esto es cuando se posee con la finalidad de trasmisión ulterior, onerosa o gratuita, total o parcial-, tal comportamiento se adecua al art. 344 del Código Penal.

La ausencia de dolo de difundir, solo excluye la apreciación de una agravante, pero no de la comisión del delito, entendiendo que cualquier forma de transmisión de droga es una acción típica y punible.

En este mismo sentido, la Sentencia de 19 de febrero de 1990²⁴⁴, llegando a la misma conclusión a apreciación del delito y no de la agravante, expresa que la doctrina de esta Sala reiteradamente viene entendiendo que la expresión «tráfico» que recoge el mencionado artículo 344, según el texto introducido por la citada Ley Orgánica 8/1983, debe interpretarse en sentido amplio comprendiendo cualquier conducta de transmisión a terceras personas, de modo que la acción de poseer droga tóxica con la finalidad de ser entregada a otro, sea a título oneroso o gratuito, es delictiva porque favorece o facilita el consumo ilegal, quedando excluidos solamente los casos de tenencia para autoconsumo - Sentencias de 15-6 y 20-10 ambas de 1988 (RJ 1988\ 5023 y RJ 1988\ 8070), entre otras muchas-.

Esta Sentencia, excluye cualquier forma de atipicidad por ausencia de antijuricidad material, admitiéndola expresamente sólo para los casos de autoconsumo.

En iguales términos y a igual solución, llega la Sentencia Tribunal

²⁴⁴ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 19 febrero 1990 -RJ 1990\ 1574- Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García

La sentencia recurrida condenó a María M. R. como autora de un delito contra la salud pública por el hecho de poseer una papelina de heroína en el interior de un bocado que trató de entregar a un detenido en las dependencias de la Comisaría de Policía de Reus, imponiéndole la pena de dos años cuatro meses y un día de prisión menor por serle apreciada la circunstancia agravante de reincidencia al haber sido condenada antes en cuatro sentencias por sendos delitos de robo y tenencia ilícita de armas.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Supremo núm. 2349/1992245, de 6 noviembre.

Pero sin duda, la Sentencia más importante la constituye la Sentencia Tribunal Supremo núm. 715/1993²⁴⁶, de 25 marzo. La citada Sentencia, va a marcar el punto de inflexión en esta materia, siendo la iniciadora de una interpretación novedosa, en la que partiendo del hecho de que la donación en general es una modalidad típica, va a reducir la extensión del precepto en aquellos supuestos en los que es posible excluir la tipicidad cuando el peligro que caracteriza la acción queda excluido, exigiendo que deba analizarse en cada caso si la conducta es la adecuada para producir los resultados que la ley quiere evitar.

Si bien es cierto que la Sentencia referida se refiere a un supuesto de consumo compartido entre personas drogodependientes, los fundamentos jurídicos de la misma para llegar a una solución absolutoria, han sido plenamente acogidos por la Jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, marcando una novedosa línea jurisprudencial, aún vigente a día de hoy. La Sentencia²⁴⁷, después de citar la línea jurisprudencial existente

²⁴⁵ Sentencia Tribunal Supremo núm. 2349/1992 (Sala de lo Penal), de 6 noviembre RJ 1992\ 8942 Excmo. Sr. D. Roberto Hernández Hernández

En efecto, el «móvil» (o motivación) que se alega impulsó al acusado de hacerse con 10 gramos de «heroína» para entregar a su hermano que, por su adicción a la misma, necesitaba acuciantemente consumirla, distinto al «dolo» (como forma de culpabilidad), en cuanto al «móvil» (o «motivo») se valora para «graduar» la culpabilidad, no para decidir su existencia, y no afecta para nada a la realidad de la infracción punitiva, sobre la que esta Sala y con referencia concreta a la donación a tercero para su consumo, viene reiteradamente encuadrando en el tipo previsto en el art. 344 del Código Penal, sin necesidad de que el sujeto activo obtenga lucro o contraprestación de clase alguna, puesto que lo que requiere la figura es el dato de «favorecer», «facilitar» o «promover» el consumo [cfr. Sentencias, entre otras muchas, 26-6-1985 (RJ 1985\ 3068); 24-9-1988 (RJ 1988\ 8264); 1 febrero y 8 noviembre 1989 (RJ 1989\ 2317 y RJ 1989\ 8595); 6-7-1990 (RJ 1990\ 6252) y 22 abril y 28 junio 1991 (RJ 1991\ 2842 y RJ 1991\ 4839)].

²⁴⁶ Sentencia Tribunal Supremo núm. 715/1993, de 25 marzo. RJ 1993\ 2551 Ponente: Excmo. Sr. D. Cândido Conde-Pumpido Ferreiro.

²⁴⁷ El primer motivo del recurso del condenado denuncia al amparo del art. 849.1.º LECrim, la violación por aplicación indebida del art. 344 Código Penal, alegando que la tenencia de la droga para el consumo propio es una situación de atipicidad, aunque

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

hasta el momento, y que hemos tenido ocasión de comentar, añade que “en efecto, aunque esté jurisprudencialmente reconocido que la figura del art. 344 constituye un tipo de peligro abstracto, no cabe confundir ese peligro abstracto con un peligro presunto, pues ello vulneraría el esencial derecho constitucional a la presunción de inocencia. El peligro ha de ser

entendiese que existía una intención de compartir la droga con sus dos amigos, se trataría, no de una donación, sino de un pensamiento sin ninguna exteriorización de reparto de lo comprado, impune como todo pensamiento no exteriorizado.

El argumento, en principio, carece de eficacia. El delito de tráfico ilegal de drogas previsto en el art. 344 Código Penal es un tipo de mera actividad, que se integra por el elemento material de la tenencia o posesión de la droga y el elemento subjetivo o tendencial de destinar aquella posesión a su ulterior favorecimiento, promoción o facilitación de su consumo, elemento este último que es el que tiñe de antijuridicidad la conducta. Y como todo delito de mera actividad la conducta de la posesión y tenencia, con aquel ánimo tendencial, constituye ya la consumación del delito, pues en esta clase de tipos acción y consumación se confunden, sin que quepan por ello formas imperfectas (salvo en casos muy singulares; S. 29-2-1990). Tampoco es necesario que dicho ánimo tendencial tenga que pasar de la fase intelectual o de la ideación a la realidad de su cumplimiento, cumplimiento que más bien pertenece a la fase de agotamiento. Doctrina reiteradamente expresada en la jurisprudencia de esta Sala [véanse SS. 5-6-1986 (RJ 1986\ 3109); 10-2-1988 (RJ 1988\ 998); 4 marzo y 17 junio 1991 (RJ 1991\ 1746 y RJ 1991\ 4733) y las numerosas en ellas citadas].

Que la donación o difusión de la droga sin contraprestación económica entra también dentro de las actividades descritas en la hipótesis legal del art. 344, aunque, no aparezca expresamente citada en ella, ha sido reconocido en forma reiterada por la jurisprudencia de esta Sala [véanse las SS. 26-11-1986, 6-4-1981 (RJ 1981\ 1598), 19-2-1990 (RJ 1990\ 1574) o 4-2-1991 (RJ 1991\ 730) y las en ellas citadas]. Y ello no podía ser de otra manera, en cuanto el art. 344 Código Penal, configura un tipo abierto, con una cláusula genérica que castiga también a los que de «otro modo» que los citados «nominatim», promueva, favorezca o facilite el consumo de drogas por terceros. Y la donación o entrega a terceros de la droga, aunque excluya el ánimo de lucro, no excluye aquella promoción o facilitación del consumo e incluso es un mecanismo utilizado por los grupos organizados y traficantes profesionales precisamente para crear futuros adictos - clientes potenciales- mediante la distribución de aquella entre menores u otros grupos lábiles, con riesgo futuro para su salud física y psíquica, que es precisamente lo que el art. 344 pretende erradicar de los hábitos sociales. Erradicación que no sólo pertenece a la responsabilidad del Estado para con los ciudadanos que lo integran, sino que le viene impuesta por compromisos internacionales [«Convenio sobre represión del tráfico ilícito de drogas nocivas», firmado en Ginebra el 26-6-1936 y ratificado por España el 8-5-1970; «Convenio único sobre estupefacientes», también firmado en Ginebra el 30-3-1961 y ratificado el 3-2-1966; «Convenio sobre uso de sustancias psicotrópicas», firmado en Viena el 21-2-1971 y ratificado el 2-2-1973, cuya aceptación y ratificación por nuestro país los han convertido en norma interna y de general observancia [art. 96.1 CE].

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

siempre una potenciabilidad de daño, por lo que el peligro abstracto sólo quiere decir que en el momento de la consumación anticipada con que se configura el tipo no están concretados o determinados -ni tienen por qué estarlo- los sujetos cuyo bien jurídico de la salud puede verse afectado por el agotamiento de la acción, pero no que pueda faltar la posibilidad remota del daño. Por ello, si en el caso concreto puede excluirse que no haya peligro efectivo para la salud de otras personas, faltará el sustrato de antijuridicidad del acto, por la que no se da en él la adecuación al tipo, pues de otro modo, lo que aparece construido por el legislador como un delito de peligro abstracto pasaría a convertirse en una figura de mera desobediencia, y, por ende, sin contenido material de antijuridicidad o, si se quiere, con sólo un contenido de antijuridicidad subjetiva incompatible con el derecho penal post-constitucional.

Así lo han entendido las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 noviembre²⁴⁸ y 18 diciembre 1992²⁴⁹, en base a la insignificancia de la conducta, y ya, con más fuerte apoyo dogmático, la de 22 de febrero de 1993²⁵⁰, la que, en resumen, viene a afirmar que no debe ser suficiente con la mera desobediencia formal a la norma, sino que la adecuación de una acción al tipo del art. 344 Código Penal requiere que ésta reúna los elementos que la caracterizan como abstractamente peligrosa para el bien jurídico. Y para determinar los supuestos en que tal inadecuación al tipo se produce se acude a la corrección interpretativa de excluir la tipicidad en aquellos casos de mínimas infracciones en que la acción en sí misma no es apropiada para crear un peligro para el bien jurídico. Y esto ocurre en los casos en que está descartada la difusión de la droga entre el público,

²⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2367/1992 de 2 noviembre. (RJ 1992\8866): Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García.

²⁴⁹ Sentencia del Tribunal del Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2750/1992 de 18 diciembre. (RJ 1992\10446): Ponente: Excmo. Sr. Fernando Díaz Palos.

²⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 335/1993 de 22 febrero. (RJ 1993\1488): Ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

no existe ni se exige contraprestación y el partícipe consume la droga voluntariamente y en presencia del que la entrega”.

Acogedoras de esta doctrina, han sido la Sentencia Tribunal Supremo núm. 290/1994²⁵¹ de 9 febrero, en la que hace una referencia a la evolución jurisprudencial en materia de donación de drogas, o la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 985/1998²⁵² entiende que no es delito el pretender entregar a un hermano, interno en Centro Penitenciario, diez pastillas de Transilium y veinte de Rohipnol para aliviar su drogadicción; sustancias que no causan grave daño a la salud: Rohipnol.

²⁵¹ Sentencia Tribunal Supremo núm. 290/1994 (Sala de lo Penal), de 9 febrero, RJ 1994\ 685, Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín

Debemos considerar, a la vista de estos antecedentes, si nos encontramos ante un supuesto típico de difusión, promoción o facilitación del consumo de estupefacientes y si la actitud que se describe en el hecho probado provoca una situación de peligro para la salud pública entendida como un bien generalizado y abstracto que protege el ordenamiento jurídico. El legislador ha salido al paso de todas aquellas conductas que favorecen la difusión de estupefacientes con el objetivo de proteger la salud general y evitar los riesgos del consumo de drogas. En su ámbito comprende todas aquellas acciones que tengan una potencialidad adecuada para conseguir los fines que se trata de evitar, quedando fuera de las previsiones de la ley los supuestos en que este peligro general queda excluido.

3.-Una reciente línea jurisprudencial, partiendo del hecho de que la donación en general es una modalidad típica, viene reduciendo la extensión del precepto en aquellos supuestos en los que es posible excluir la tipicidad cuando el peligro que caracteriza la acción queda excluido, debiendo analizarse en cada caso si la conducta es la adecuada para producir los resultados que la ley quiere evitar.

En esta línea la Sentencia de 25 marzo 1993 (RJ 1993\ 2551) establece que en el supuesto de compartir un consumidor la droga con un pequeño grupo de personas de su entorno falta el sustrato de la antijuridicidad del tipo del artículo 344 del Código Penal, tanto por falta de ánimo tendencial de difundir la droga de forma indiscriminada, como porque no puede apreciarse el peligro común que constituye la esencia del tipo.

En una Sentencia posterior de 3 junio 1993 (RJ 1993\ 4801) precisa las circunstancias en las que tiene que producirse el consumo compartido para descartar el peligro de la salud general. Este riesgo no existe en aquellos casos en que el consumo se realiza en un domicilio y cuando las cantidades de que se dispone no rebasen los límites propios de un consumo inmediato de los copartícipes y no exista remuneración o contraprestación por el uso del local.

²⁵² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 985/1998 (Sala de lo Penal), RJ 1998\ 5998, Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

**C. REQUISITOS JURISPRUDENCIALES PARA APRECIAR
COMO ATÍPICA LA DONACIÓN DE DROGAS.**

Como tiene establecido el Tribunal Supremo²⁵³, en los supuestos en los que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabituación, o a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, movidos pues de un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no puede llegarse al delito si de ninguna forma se potencian los actos o los verbos contenidos en el artículo 344 del Código.

En esos casos falta evidentemente el sustrato de antijuridicidad pues no existe entonces posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a la ausencia de peligro más arriba dicha.

El primer elemento que debe tenerse en cuenta, para apreciar la atipicidad de la donación de droga a una persona drogodependiente es que el donante sea un familiar o persona allegada como se ha expuesto. Así, Tribunal Supremo²⁵⁴, exige que exista una relación estrecha de parentesco o de convivencia entre donante y donatario, que determine que la entrega se haga por móviles altruistas y humanitarios y no por lucro.

Pero no siempre el Tribunal Supremo ha sido tan estricto al exigir la relación estrecha de parentesco o convivencia, encontrándonos resoluciones en las que solo llega a determinarse que existe una relación

²⁵³ Sentencia Tribunal Supremo núm. 985/1998 (Sala de lo Penal), de 20 julio - RJ 1998\5998. Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz.

²⁵⁴ En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1653/1998 de 22 diciembre RJ\1998\9814 Ponente: Excmo Sr. Luis Román Puerta Luis

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

de amistad. Así la Sentencia Tribunal Supremo núm. 1212/2002²⁵⁵, amplía el ámbito de donantes e incorpora además del “conviviente” o “pariente”, a “persona muy cercana al receptor” al exponer que:

En efecto, es ya prolongado el número de resoluciones de esta Sala, en que se ha considerado no cumplir todos los elementos del tipo penal del artículo 368 del Código Penal una actividad de entrega de drogas tóxicas o estupefacientes, en tan pequeñas cantidades que permitan asegurar el consumo inmediato y exclusivo de la droga por un receptor adicto a su consumo, a quien el donante, que no recibe contraprestación económica alguna por la entrega, y ha de ser conviviente, pariente o persona muy cercana al receptor, que conoce la necesidad de consumirla, determinada por su adicción, de aquel a quien la pequeña cantidad de droga entrega, porque, en tales casos, falta el necesario elemento de riesgo de consumo indiscriminado de la droga y consecuente peligro abstracto para la salud pública (sentencias de 23 de mayo y 6 de octubre de 1993 [RJ 1993\ 7291], 27 de mayo [RJ 1994\ 4057] y 23 de junio de 1994 [RJ 1994\ 5382], 12 de enero de 1995 [RJ 1995\ 130], 5 de febrero de 1996 [RJ 1996\ 795], 14 de julio de 1997 [RJ 1997\ 5591] y 20 de enero de 1998 [RJ 1998\ 26]).

²⁵⁵ Sentencia Tribunal Supremo núm. 1212/2002²⁵⁵ (Sala de lo Penal), de 29 junio RJ 2002/6728 Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Martín Canivell:

Y esto es lo sucedido en el presente caso, en el que el acusado, al conocer el hecho del internamiento en centro hospitalario de un amigo, recluso antes en un centro penitenciario, que sabe consumidor adicto de heroína y, por tanto, necesitado de ella, acude en su auxilio con una cantidad pequeña de la misma, dos papelinas cuyo peso, incluyendo los respectivos envoltorios, da un total de nueve centésimas de gramo de heroína, y está dispuesta para un inmediato consumo que permite afirmar sin lugar a dudas que no va a ser utilizada en un tráfico indiscriminado, sino tan sólo consumida por el receptor de la misma, aislado como estaba en una cama de hospital.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Contrariamente a la solución adoptada en la resolución anterior, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1490/2004²⁵⁶, ha entendido como típica y punible la conducta del acusado al pretender hacer llegar a un simple conocido o amigo, sin más lazos familiares o afectivos una papelina con 0,070 grs. de heroína pura.

La doctrina del Tribunal Supremo ha de aplicarse de forma excepcional y restrictiva (SS. 527/1998 de 15 de abril, 905/1988 de 20 de julio, 789/1999 de 14 de mayo, 1653/2001 de 16 de julio), pues ha de conciliarse con la necesidad de evitar la eventual difusión de droga en los centros penitenciarios, por lo que únicamente resulta aplicable en supuestos mínimos, que sin llegar a la insignificancia que determina al atipicidad por falta de objeto, garanticen que la droga, por su cantidad y naturaleza, está destinada al consumo inmediato y exclusivo del destinatario, por lo que no exista riesgo de transmisión a otras personas distintas al familiar al que iba destinada²⁵⁷.

En todo caso, constituye exigencia notoria en esta materia (dada la extraordinaria gravedad del fenómeno social del tráfico de drogas) el criterio sumamente restrictivo con que deben apreciarse los supuestos en que las conductas típicamente previstas (entre ellas, la donación de drogas) se estime que no lesionan el bien jurídico protegido por la norma penal²⁵⁸.

No obstante la excepcionalidad que esta tesis representa obliga a señalar las exigencias necesarias:

²⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1490/2004 (Sala de lo Penal), de 22 diciembre - RJ 2005\397 -Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre)

²⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 20 de enero de 2003 - RJ 2003/927 - Ponente Sr. Conde Pumpido-Tourón

²⁵⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1653/1998 de 22 diciembre - RJ\1998\9814 - Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

a) Que no se produzca difusión de la droga respecto de terceros²⁵⁹

Para la exclusión de la responsabilidad penal en tales donaciones exige la jurisprudencia que concurra, entre otros requisitos que no quepa posibilidad de difusión a terceros, y que exista, por tanto, una comprobación por parte del donante de que el donatario consume la droga él exclusivamente²⁶⁰.

La sentencia del Tribunal Supremo 1704/2002²⁶¹, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la doctrina Jurisprudencial en torno a la cual se consideran atípicas determinadas formas de transmisión drogas, estableciendo en un determinado caso, que dada la cantidad de droga suministrada, 0,876 gr. de heroína, no cabría el consumo inmediato de la heroína facilitada, que tendría que haber sido administrada por lo menos en cinco tomas y por ello, no cabría excluir el riesgo de difusión de la droga a otros reclusos internos en el Centro Penitenciario.

b) Que no exista contraprestación alguna como consecuencia de esa donación;

No obstante la excepcionalidad que esta tesis representa obliga a señalar otra exigencias necesaria: que no exista contraprestación alguna como consecuencia de esa donación²⁶²

²⁵⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1653/1998 de 22 diciembre -RJ 1998\9814 - Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta

²⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1032/1997 (Sala de lo Penal), de 14 julio - RJ 1997\5591 - Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chavarri.

²⁶¹ Sentencia Tribunal Supremo núm. 1704/2002 (Sala de lo Penal), de 21 octubre - RJ 2002\ 10808 - Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chávarri.

²⁶² Sentencia Tribunal Supremo núm. 1657/1998 (Sala de lo Penal), de 22 diciembre RJ 1998\ 10323

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Así, la Sentencia Tribunal Supremo núm. 985/1998²⁶³ señala que, en los supuestos en los que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabituación, o a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, movidos pues de un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no puede llegarse al delito si de ninguna forma se potencian los actos o los verbos contenidos en el artículo 344 (artículo 368 Código Penal)del Código.

c) Que esta donación lo sea para un consumo más o menos inmediato, a presencia o no de quien hace la entrega

Podemos apreciar como ejemplo un caso en el que como afirma la Sentencia²⁶⁴, las sustancias intervenidas al acusado suponían en realidad tres dosis de las mismas («tres bolsitas»). No cabe afirmar, sigue diciendo, la posibilidad de un consumo inmediato, ni consiguientemente la falta de riesgo de difusión.

Otra Sentencia, la Sentencia del Tribunal Supremo 1704/2002²⁶⁵, destaca como con la cantidad de droga suministrada, 0,876 gr. de heroína, no cabría el consumo inmediato de la heroína facilitada

d) Que se persiga únicamente una finalidad altruista y humanitaria para defender al donatario de las consecuencias del

²⁶³ Sentencia Tribunal Supremo núm. 985/1998 (Sala de lo Penal), de 20 julio - RJ 1998\ 5998 - Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz

²⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1453/2001 (Sala de lo Penal), de 16 julio Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis

²⁶⁵ Sentencia Tribunal Supremo núm. 1704/2002 (Sala de lo Penal), de 21 octubre RJ 2002\ 10808, Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chávarri.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

síndrome de abstinencia, ya que ha de tratarse siempre de un drogodependiente

La jurisprudencia de los últimos años (SS. 22-12-1998 [RJ 1998\ 10323] y 25-5-1999 [RJ 1999\ 5252], entre otras) es clara al admitir en algunos casos, siempre excepcionales, la atipicidad de la conducta en que por un fin loable y altruista se ha facilitado una pequeña cantidad de droga para ayudar, a quien ya es drogadicto, en su proceso de deshabituación o para impedir los riesgos de un posible síndrome de abstinencia, pero nunca cuando los que reciben la droga no son drogodependientes como sucedió en el caso en el que los dos que esnifaron la cocaína facilitada por el acusado, que con ellos la compartió, uno no lo era en absoluto y la otra sólo era consumidora esporádica²⁶⁶.

Asimismo, el Tribunal Supremo²⁶⁷ ha apreciado como típico el caso en el que no consta el grado de adicción a dicha droga por parte del que se dice destinatario de la misma; no consta tampoco el riesgo que el mismo tenía de sufrir síndrome de abstinencia; y la acusada no podía controlar el consumo de la droga que pretendía hacer llegar a su hermano.

Añade esta vez la Jurisprudencia un nuevo planteamiento cuya consideración excluiría la posibilidad de considerar como atípicas la donación de drogas por familiares o allegados a drogodependientes en los centros penitenciarios: señala, que no puede desconocerse que, en último término, los drogadictos internos en los centros penitenciarios pueden recibir normalmente la asistencia médica adecuada a sus padecimientos, lo que constituye medio adecuado para su rehabilitación personal; por lo que no puede menos de considerarse sumamente cuestionable la calificación de altruista que, a veces, se da a este tipo de conductas.

²⁶⁶ Sentencia Tribunal Supremo núm. 1468/2000 (Sala de lo Penal), de 26 septiembre - RJ 2000/8476- Ponente: Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio

²⁶⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1653/1998 de 22 diciembre – RJ 1998\9814 -_Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

En este mismo sentido, la Sentencia Tribunal Supremo núm. 1704/2002²⁶⁸ dice que no consta en los hechos probados de la sentencia, ni en datos fácticos de su fundamentación que padeciera el síndrome de abstinencia el destinatario de la droga, Javier L. C., en la ocasión de autos, siendo por otra parte evidente que de sufrir, tal síndrome hubiera podido ser aliviado de él, mediante el tratamiento que podía ser dispensado por el servicio médico del Centro Penitenciario de Puerto II.

e) Que se trate igualmente de cantidades mínimas, aunque en estos topes cuantitativos no quepa establecer reglas rígidas que puedan degenerar en soluciones o agravios totalmente injustos.

La jurisprudencia viene exigiendo que se trate de cantidades mínimas, sin hacer una concreción de qué debemos entender por cantidad mínima. En todo caso, lo que sí puede afirmarse, que el concepto “cantidad mínima” al que hace referencia, es distinto al de dosis mínima psicoactiva, como criterio actualmente aplicado por la jurisprudencia para entender atípicas las conductas enmarcadas en el principio de insignificancia.

Establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003, la aplicación de esta doctrina jurisprudencial de exclusión de la tipicidad “que debe conciliarse con la necesidad de evitar la eventual difusión de droga en los centros penitenciarios, por lo que únicamente resulta aplicable en supuestos mínimos, que sin llegar a la insignificancia que determina al atipicidad por falta de objeto, garanticen que la droga, por su cantidad y naturaleza, está destinada al consumo inmediato y exclusivo del destinatario, por lo que no exista riesgo de transmisión a otras personas distintas al familiar al que iba destinada”

²⁶⁸ la Sentencia Tribunal Supremo núm. 1704/2002 (Sala de lo Penal), de 21 octubre - RJ 2002/10808 - Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chávarri

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1657/1998²⁶⁹ prevé de la misma manera que se trate igualmente de cantidades mínimas, aunque en estos topes cuantitativos no quepa establecer reglas rígidas que puedan degenerar en soluciones o agravios totalmente injustos.

En alguna ocasión, el criterio de cantidad mínima lo ha definido la Jurisprudencia de la siguiente forma: que la cantidad de droga entregada sea muy pequeña y no exceda de la dosis terapéutica²⁷⁰

Así, en este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1704/2002, ante el supuesto enjuiciado establece que la cantidad de droga que se trataba de poner a disposición de Javier L. C. no fue mínima, ya que ascendía a 0,872 gramos de heroína y la dosis de abuso habitual o terapéutico de dicho estupefaciente se cifra en 150 miligramos, según los datos del Instituto Nacional de Toxicología remitidos con ocasión del Pleno de la Sala de 19 de octubre de 2001 (PROV 2002\ 77558), y que se recogen en el Libro de Fernando Sequeros Sazatornil «El Tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico».

²⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1657/1998 de 22 diciembre -RJ 1998\10323- Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz

²⁷⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1653/1998 de 22 diciembre -RJ 1998\9814- Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis

“tiene declarado esta Sala que «una jurisprudencia en formación de esta Sala viene excluyendo la responsabilidad penal por el delito de tráfico de drogas de los artículos 344 del Código Penal derogado y 368 del nuevo Código Penal, en algunos supuestos de donaciones de cantidades mínimas de droga hechas por familiares cercanos a persona toxicómana, para aliviar su posible síndrome de abstinencia (SS. 27 mayo, 3 junio y 12 septiembre 1994 [RJ 1994\4057, RJ 1994\9346 y RJ 1994\7204], 12 enero 1995 [RJ 1995\130], 16 enero y 28 octubre 1996 [RJ 1996\76 y RJ 1996\8569] y 22 enero 1997 [RJ 1997\1271]). Para la exclusión de la responsabilidad penal en tales donaciones exige la jurisprudencia que concurren los siguientes requisitos: que la cantidad de droga entregada sea muy pequeña y no exceda de la dosis terapéutica; Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1653/1998 de 22 diciembre RJ\1998\9814

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

**D. LA ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL
DE DETERMINADOS SUPUESTOS DE DONACIÓN DE DROGAS.**

I. LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO

Como tiene dicho MUÑOZ CUESTA²⁷¹ estamos ante un tipo delictivo de los denominados de peligro abstracto y por tanto no hay un agraviado concreto en quien concurra un resultado dañoso con perjuicio real para alguien, debiendo sufrir en sus intereses o derechos una persona para establecer la existencia de agraviado por el hecho delictivo. A ello hay que unir, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1992²⁷² y la propia que comentamos de 9 de enero de 2004 (RJ

²⁷¹ MUÑOZ CUESTA, F.J., Inaplicación de la circunstancia de parentesco como atenuante en el delito de tráfico de drogas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 9 de enero de 2004, Repertorio de Jurisprudencia núm. 9/2004, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2004.

²⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1992 (Sala de lo Penal), de 6 julio - RJ 1992, 6133 - Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García

El art. 11 del Código Penal se refiere al parentesco como circunstancia mixta, esto es, que puede agravar o atenuar la responsabilidad criminal según la incidencia que en el juicio de reproche del hecho, por ocasionar un mayor o menor desvalor, pueda tener el vínculo familiar existente entre el sujeto activo (ofensor) y el pasivo (agraviado), sin que al respecto puedan señalarse reglas fijas, pues ha de atenderse a las circunstancias particulares del caso, recogiendo el propio art. 11 los criterios que a tal fin han de tenerse en cuenta: dos de carácter objetivo, la naturaleza y los efectos del delito, y otro subjetivo, los motivos del delincuente. Conjugando todos ellos podrá llegarse a determinar si la concreta relación familiar ha de ser utilizada para agravar o atenuar la pena o, incluso, si debe ser considerada irrelevante.

Como regla general se viene entendiendo que en los delitos que tienen un contenido de carácter personal opera como agravante y en los que predomina su significación patrimonial o similar lo hace como atenuante, y ello tiene un apoyo legal en los criterios que informan los arts. 405 (parricidio) y 564 (excusa absoluta en ciertos delitos contra la propiedad).

El propio texto de dicho artículo se refiere a una relación de parentesco que ha de existir entre el agraviado y el ofensor. No cabe decir que el agraviado en este delito sea el hijo de la condenada, por dos razones:

1.ª Porque parece que el concepto de agraviado presupone la existencia de un delito de resultado dañoso, es decir, un delito que haya perjudicado a alguien. Es lógico entender que, si no hay una persona que haya sufrido en sus derechos o intereses, no hay nadie que pudiera reputarse agraviado, y esto es lo que ocurre en los delitos de peligro como el presente, en los que la infracción penal queda

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

2004, 239) , que en los delitos de tráfico de drogas puede conocerse quién es el receptor inmediato de la mercancía ilegal, pero nunca quién o quiénes en definitiva iban a ser los perjudicados en su salud al consumir la droga tóxica.

Sigue opinando el mencionado autor, y dice que “en el delito de tráfico de drogas no hay un agraviado concreto, por tanto si el art. 23 del Código Penal exige una relación de parentesco entre el pariente sujeto activo del delito y el pariente agraviado por el mismo, falta el presupuesto esencial para atenuar la responsabilidad por la vía del parentesco, no podemos hacer una interpretación extensiva y excesivamente flexible del contenido de la norma, ello crea inseguridad jurídica y abre una brecha sin límite determinado para la apreciación de la atenuante a otros delitos de similar naturaleza al de tráfico de drogas, lo que no es permisible en el marco del principio constitucional de legalidad²⁷³”

El Alto Tribunal, en alguna resolución, ha estimado la atenuante de parentesco, entendiendo que la conducta de facilitar la droga al pariente que la consume tiene menos desvalor que si la misma se lleva a cabo entre personas extrañas, no unidas por los vínculos que se describen en el art. 23 del Código Penal²⁷⁴. Dice el Tribunal Supremo que el acto de

consumada por la mera tenencia de la sustancia estupefaciente con ánimo de tráfico y sin exigirse daño concreto para nadie.

2.ª Porque en estos delitos puede conocerse quién es o pudiera haber sido el receptor inmediato de la mercancía ilegal, en este caso el hijo de la inculpada, pero nunca quién o quiénes en definitiva iban a ser los perjudicados en su salud al consumir la droga tóxica.

Por tanto, entendemos que, conforme ha expuesto la sentencia recurrida, en el caso presente no existe el parentesco que la Ley penal exige como presupuesto para la aplicación de la circunstancia mixta, lo que obliga a rechazar este motivo 1.º

²⁷³ Sentencia de 20 de abril de 1993, de 20 abril - RJ 1993/3162- Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis

²⁷⁴ Sentencia Tribunal Supremo núm. 837/1997 (Sala de lo Penal), de 11 junio RJ 1997\ 5600 Sentencia Tribunal Supremo núm. 1032/1997 (Sala de lo Penal), de 14 julio RJ 1997\ 5591 Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chavarri

La jurisprudencia (SSentencia del Tribunal Supremo 24 diciembre 1954 [RJ 1954\

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

tráfico de drogas merece menor reproche social por la relación de parentesco entre la donante y el donatario, por mover a la primera una motivación altruista o humanitaria -aunque mal entendida- de satisfacer el deseo de consumo de droga de su familiar, y por haberse arriesgado la donante a ser detenida y sometida a proceso, sólo por proporcionar un alivio momentáneo a la drogadicción de un pariente²⁷⁵.

II. ATENUANTE POR ANALOGÍA DE EXIMENTE INCOMPLETA DE ESTADO DE NECESIDAD

Parte siempre la Jurisprudencia²⁷⁶ de que el estado de necesidad,

2987], 18 junio 1955 [RJ 1955\ 2116], 15 septiembre 1986 [RJ 1986\ 4674], 24 abril 1989 [RJ 1989\ 3508], 8 febrero 1990 [RJ 1990\ 1299], 13 octubre 1993 [RJ 1993\ 7379], 15 junio 1994 [RJ 1994\ 4958], 12 julio 1994 [RJ 1994\ 6363] y 14 febrero 1995 [RJ 1995\ 819]), ha venido estimando el parentesco como agravante en los delitos contra las personas y contra la honestidad y como atenuante en los delitos contra la propiedad, pero ha entendido que en cada caso habrá de valorarse si la circunstancia de parentesco determina un mayor o menor reproche social o es irrelevante.

En relación con los delitos contra la salud pública se ha estimado inaplicable la circunstancia de parentesco en Sentencia de 6 julio 1992 (RJ 1992\ 6133) y Auto de 29 noviembre 1995 (RJ 1995\ 8878), por no existir agravado en tal tipo de delitos -que atenta contra un colectivo indeterminado- y no poder apreciarse por tanto relación de parentesco o de otra naturaleza con el agravado, pero la Sentencia de 20 abril 1993 (RJ 1993\ 3162) sí apreció la circunstancia de parentesco o convivencia como atenuante, en el caso de suministro de droga a la persona que padecía síndrome de abstinencia por parte de su pareja de hecho.

Lo que es indudable es que en el supuesto de autos el acto de tráfico de drogas merece menor reproche social por la relación de parentesco entre la donante y el donatario, por mover a la primera una motivación altruista o humanitaria -aunque mal entendida- de satisfacer el deseo de consumo de droga de su familiar, y por haberse arriesgado la donante a ser detenida y sometida a proceso, sólo por proporcionar un alivio momentáneo a la drogadicción de un pariente.

Tal disminución del reproche social debe traducirse en la apreciación de una atenuante análoga a la de parentesco, que la Sala estima como muy cualificada.

²⁷⁵ En igual sentido se expresa la Sentencia Tribunal Supremo núm. 1704/2002 (Sala de lo Penal), de 21 octubre RJ 2002\ 10808

²⁷⁶ Sentencia Tribunal Supremo núm. 2349/1992 (Sala de lo Penal), de 6 noviembre RJ 1992\ 8942 Ponente: Excmo. Sr. D. Roberto Hernández Hernández

El estado de necesidad, tanto en su vertiente plena como en la incompleta, exige para su apreciación, como requisito necesario o «sine qua non», la existencia angustiosa, inminente e ineludible de puesta en peligro de bienes jurídicos y,

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

tanto en su vertiente plena como en la incompleta, exige para su apreciación, como requisito necesario o «sine qua non», la existencia angustiosa, inminente e ineludible de puesta en peligro de bienes jurídicos y, además, por su carácter de subsidiariedad, la imposibilidad de poner remedio a tal situación por otras vías lícitas.

Pero no resulta infrecuente encontrarnos con resoluciones que de alguna forma aprecian el estado de necesidad como eximente incompleta por analogía en el delito de tráfico de drogas, como la Sentencia Tribunal Supremo núm. 1342/1997²⁷⁷, estima que concurrente e la atenuante por

además, por su carácter de subsidiariedad, la imposibilidad de poner remedio a tal situación por otras vías lícitas, es obvio que en el supuesto objeto del recurso no concurre ninguno de los requisitos referidos, ni el primero, existencia de la situación inminente y actual de puesta en peligro de bien jurídico alguno, ni el segundo, ya que existía, en todo caso, la posibilidad de poner remedio a la misma por vías legales. Siendo de resaltar, por otra parte, que el sentenciador, ha resuelto la cuestión con gran acierto, apreciando en la conducta del recurrente la concurrencia de la circunstancia atenuante, como muy cualificada, núm. 8 del art. 9, en relación con la de parentesco prevista en el art. 11, ambos del Código Penal y sanción ortodoxa, por juego del art. 61.5, con rebaja en un grado de la pena base y en el grado que le pareció oportuno de la pena degradada, conforme a la discrecionalidad que le concede la Ley y reiterada doctrina de esta Sala [cfr. Sentencias, entre otras muchas, de 5-6-1986 (RJ 1986\ 3104), 4-4-1988 (RJ 1988\ 2702) 15-3-1989 (RJ 1989\ 2635), 22-10-1990 (RJ 1990\ 8200) y 14-10-1992].

²⁷⁷ Sentencia Tribunal Supremo núm. 1342/1997 (Sala de lo Penal), de 3 noviembre RJ 1997\ 7901 Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto

En igual sentido la Sentencia Tribunal Supremo núm. 1121/1997 (Sala de lo Penal), de 18 septiembre RJ 1997\ 7707 Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto

Se estima por este Tribunal concurrente en el supuesto de autos la atenuante por analogía de eximente incompleta del estado de necesidad del número 10.º en relación con el 1.º, del artículo 9 y artículo 8.7.º, del Código Penal de 1973, correspondiente con el número 6.º en relación con el 1.º, del artículo 21 y artículo 20.5.º, del vigente Código de 1995, interpretación analógica viable en cuanto cabe deducir que, pese a la no previsión específica legal, a la falta de expresión literal, el supuesto se halla inmerso en la voluntad legislativa. Procediendo su acogimiento en aras de alcanzar la mejor y más acertada individualización de la pena, partiendo del sistema de «*numerus apertus*» en orden a la apreciación de circunstancias atenuantes institucionalizado en el Código Penal (Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 20 febrero 1989 [RJ 1989\ 1616]). Habiéndose sancionado jurisprudencialmente la posibilidad de estimación de una atenuante analógica de una eximente incompleta (Sentencias de 27 abril 1990 [RJ 1990\ 3348], 16 septiembre y 28 octubre 1991 [RJ 1991\ 6386]). La sentencia constata, respecto de Rafael S. B., su condición de consumidor inveterado de droga, interno en un establecimiento penitenciario a donde la inculpada acude. No existen los datos precisos para apreciar, siquiera en grado de incompleta, la eximente de estado

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

analogía de eximente incompleta del estado de necesidad que justifica, pese a la no previsión específica legal, a la falta de expresión literal, en que “el supuesto se halla inmerso en la voluntad legislativa”.

La aplicación de esta atenuante analógica resulta bastante curiosa, ya que las propias resoluciones que la acogen, comienzan reconociendo que jurisprudencialmente se ha sancionado la posibilidad de estimación de una atenuante analógica de una eximente incompleta. Y sin una motivación distinta a la de que la acusada tuvo una motivación humanitaria, aprecia la atenuante analógica como muy calificada “en atención a las circunstancias del hecho y de la inculpada”. Realmente la solución ofrecida por la jurisprudencia carecer de rigor, entendiéndose de una lectura de las sentencias aplican la estudiada atenuante que el único fin es el de “alcanzar la mejor y más acertada individualización de la pena, partiendo del sistema de «*numerus apertus*» en orden a la apreciación de circunstancias atenuantes institucionalizado en el Código Penal”

III. ATENUANTE ANALÓGICA DE MIEDO INSUPERABLE

En los supuestos de donación de droga por parte de familiares o allegados a drogodependientes con el ánimo de paliar el síndrome de abstinencia, en ocasiones, sin considerar la atipicidad de la conducta, se ha atenuado la responsabilidad criminal de los donantes con la apreciación de la atenuante analógica de miedo insuperable.

de necesidad, más no cabe duda que la actuación de la acusada tuvo una motivación humanitaria dirigiendo su acción -en su sentir y pensar- hacia la evitación de un mal ajeno que si bien podía ser paliado de otros modos, para la inculpada se ofreció éste como más expeditivo, aun a costa de lesionar un bien Jurídico digno de apreciación.

Es de apreciar la atenuante analógica de que se ha hecho mención, que se aplicará como muy calificada en atención a las circunstancias del hecho y de la inculpada.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Como ejemplo, cabe citar la Sentencia Tribunal Supremo núm. 2479/1993²⁷⁸ en la que aprecia la atenuante de miedo insuperable, pues entiende que “realmente la presunta «donación» aparece que estuvo viciada, en parte al menos, para considerarla voluntaria, lo que a tenor del art. 1.º del Código Penal debe traducirse en una disminución de la culpabilidad. En este sentido, se estima el motivo, bien como eximente incompleta [basta que el mal temido sea grave, dice la S. 20-2-1987 (RJ 1987\ 1274), no es menester que sea insuperable como en la eximente], bien como atenuante analógica, pero en este caso como muy cualificada [SS. 2-11-1990 (RJ 1990\ 8513) y 11-12-1992 (RJ 1992\ 10212)].

IV. ATENUANTE DE ESTADO PASIONAL

²⁷⁸ Sentencia Tribunal Supremo núm. 2479/1993 (Sala de lo Penal), de 8 noviembre RJ 1993\ 8295 Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Díaz Palos

TERCERO.- Para dilucidar toda duda al respecto, esta Sala, haciendo uso de la facultad que le concede el art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha consultado los autos, en particular el acta del juicio oral, de donde, en efecto, se declara por los Policías Locales, como tales conocedores de lo que sucede en su ámbito, que «Juan no duda en hacer cualquier cosa para conseguir la droga». Y otro agente, dice que «tiene reacciones violentas con sus compañeros de calle y que roba para conseguir la droga».

Tales manifestaciones de los policías municipales concuerdan con las de la recurrente y su pareja, cuando dice aquélla que sintió miedo y sabía que otras personas habían tenido problemas con Juan por causa de la droga. Y sabe, dice la acusada, que a una chica de Moraleja le ha puesto muchas veces el cuchillo en la garganta por la misma causa. Y que siempre está pidiendo y amedrentando a la gente.

CUARTO.- A la vista de la prueba practicada entiende esta Sala que cabe acceder a la atenuante solicitada por la recurrente, pues realmente la presunta «donación» aparece que estuvo viciada, en parte al menos, para considerarla voluntaria, lo que a tenor del art. 1.º del Código Penal debe traducirse en una disminución de la culpabilidad. En este sentido, se estima el motivo, bien como eximente incompleta [basta que el mal temido sea grave, dice la S. 20-2-1987 (RJ 1987\ 1274), no es menester que sea insuperable como en la eximente], bien como atenuante analógica, pero en este caso como muy cualificada [SS. 2-11-1990 (RJ 1990\ 8513) y 11-12-1992 (RJ 1992\ 10212)].

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Reiteradas Sentencias del Tribunal Supremo²⁷⁹, han aplicado la atenuante por analogía a esta estado pasional en delito contra la salud pública cuando se proporciona la droga a un pariente, basándose en que el acto de tráfico de drogas merece menor reproche social por la relación de parentesco entre la donante y el donatario, por mover a la primera una motivación altruista o humanitaria -aunque mal entendida- de satisfacer el deseo de consumo de droga de su familiar, y por haberse arriesgado la donante a ser detenida y sometida a proceso, solo por proporcionar un alivio momentáneo a la drogadicción de un pariente. Y tal disminución del reproche social se entendió que debía traducirse en la apreciación de una atenuante análoga a la de parentesco que la Sala estimó como muy cualificada.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1981/2002 de 20 de enero de 2003²⁸⁰ desestimó el recurso de casación interpuesto por la condenada en la instancia como autora responsable de un delito de tráfico de drogas, con la atenuante de parentesco. La Sentencia recordó la doctrina de la Sala, que viene excluyendo de la aplicación del art. 368 Código Penal/1995 determinados supuestos muy concretos de donación al familiar adicto, solamente cuando se limita a cantidades mínimas y sin contraprestación, que se estima que no son punibles por falta de peligro para el bien jurídico protegido y por la inadecuación de la acción para la creación de dicho peligro, y no llegó a entrar en el examen de la procedencia de la atenuante que no se había cuestionado por parte alguna, que si bien no partía de la existencia de síndrome de abstinencia en el interno, sí lo hacía desde su condición de drogadicto.

²⁷⁹ Sentencias como la de 20-4-93, correspondiente al Rº 3635/91 (RJ 1993\ 3162) , admitieron la circunstancia atenuante de estado pasional para quien proporcionó la sustancia tóxica a quien se encontraba recluida voluntariamente en casa, a fin de paliarle el síndrome de abstinencia padecido; y las de 11-6-97, núm. 837/97, correspondiente al Recurso 3162/96 (RJ 1997\ 5600) , y 14-7-97 (núm. 1032/97), correspondiente al Recurso 3054/96 (RJ 1997\ 5591) de esta Sala

²⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1981/2002 de 20 enero. (RJ 2003\927): Ponente: Excmo. Sr.Cándido Conde-Pumpido Tourón.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Vemos como Sentencia Tribunal Supremo núm. 887/1993²⁸¹, destaca como, para apreciar la atenuante de «estado pasional», la Audiencia ha tenido en cuenta fundamentalmente el estado en que el acusado vio a Rosario, encerrada en casa de sus padres, tratando de deshabituarse del consumo de drogas, bajo el síndrome de abstinencia y solicitando una dosis, lo que -según se reconoce en el relato de hechos probados- perturbó gravemente el ánimo del acusado. Se trata en consecuencia, distinguiendo el Tribunal Supremo entre la apreciación de la circunstancia mixta de parentesco y la d estado pasional, de dos hechos distintos (la relación personal que les unía, en el primer caso, y el lamentable estado en que se encontraba la mujer bajo el síndrome de abstinencia, en el segundo). Todo ello, con independencia de la posible incidencia de la relación personal de afectividad en la perturbación anímica del acusado, que, en modo alguno, puede confundirse con la causa principal de ésta que, como se ha dicho, fue la contemplación del lamentable estado en que se encontraba Rosario y el hecho de que ésta le pidiera ayuda.

²⁸¹ Sentencia Tribunal Supremo núm. 887/1993 (Sala de lo Penal), de 20 abril RJ 1993\3162 Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta

III.2- EL CONSUMO COMPARTIDO

A. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN

Con la expresión “consumo compartido”, algunos autores se refieren a aquellas conductas en las que el autor entrega a otro una dosis que éste consume en el mismo acto y en recinto en el que se desarrolla la acción, sin riesgo alguno de ulterior transmisión a otros²⁸².

Se trata, según un concepto jurisprudencial²⁸³, de una modalidad de consumo entre adictos en el que se descarta la posibilidad de transmisión a terceras personas, en el que no existe contraprestación y en el que se consume inmediatamente a la recepción en el lugar señalado para el consumo de todos.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁸⁴ señala que se trata de un supuesto de autoconsumo plural entre consumidores, en el cual el acto de adquisición o de tenencia material de la droga es ejecutado por uno o alguno de ellos en una mera sustitución de la intervención de los demás, y no tanto como favorecimiento del acto de adquisición de la droga por éstos²⁸⁵.

²⁸² Sequeros Satazornil, F: El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico, La Ley, 2000

²⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 718/2006 (Sala de lo Penal), de 30 junio - RJ 2006\3981- Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

²⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1037/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 5 diciembre -RJ 2007\8672 -Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

²⁸⁵ En semejante sentido se ha manifestado la Sentencia del Tribunal Supremo RJ 1995 1794 al admitir que es cierto que esta Sala ha declarado en algunos de sus precedentes que en los casos en que la droga ocupada al acusado no es ostentada sólo en su propio nombre, sino en nombre y al servicio -en cierto modo, como «servidor de la posesión»- de un pequeño grupo de drogodependientes que le encarga su adquisición para compartir su consumo y le proporcionan el dinero para ello, nos encontramos ante un auto-consumo compartido impune (así, Sentencias de 25 mayo 1981 [RJ 1981\2277]; 2 noviembre y 18 diciembre 1992 [RJ 1992\8866 y RJ 1992\10446]; 4 febrero, 25 marzo y 27 septiembre 1993 [RJ 1993\860, RJ 1993\2551 y RJ 1993\7683]; 18 abril 1994 [RJ 1994\3340]).

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Otro concepto jurisprudencial, lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 467/1995²⁸⁶ en el que se dice que el consumo compartido entre adictos, al que se equipara el caso en el que varios, asimismo adictos, aportan lo necesario para formar un fondo común destinado a la adquisición de sustancia para seguidamente consumirla, el consumo compartido entre adictos, se repite, puede ser impune, por la insignificancia penal de tal conducta y porque se trata en realidad de una modalidad de autoconsumo no punible (ver la Sentencia de 25 noviembre 1994 [RJ 1994\9995]).

A diferencia de lo que ocurría con las otras formas de atipicidad anteriormente comentadas, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha sufrido una evolución similar, y ya desde principio de los años 80²⁸⁷ nos encontramos con claras muestras de aplicación de lo que doctrinalmente conocemos como modalidad atípica de tráfico de drogas por constituir un “consumo compartido”; ahora bien, no sin reservas y no siendo uniforme la aplicación del comentado principio, encontrándonos con Sentencias en ambos sentidos (admitiendo el consumo compartido y no aceptándolo).

²⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 467/1995 (Sala de lo Penal), de 28 marzo - RJ 1995\2246 - Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz

²⁸⁷ la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1981²⁸⁷ (RJ 1981\2277) en la que expresa que «la tenencia de la droga por el acusado en el momento de su detención no era ostentada sólo en propio nombre sino en nombre y al servicio de los demás -en la parte que habían sufragado-, los cuales venían a ser poseedores aunque no tuvieran una relación de contacto material y como todos eran futuros consumidores puesto que la adquisición se hacía para "fumar la droga ellos mismos", es llano que estos hechos perfilan o conforman la posesión de droga para el propio consumo que queda excluida del área penal por no concurrir el factor tendencial o finalístico de favorecimiento o difusión ...».

La Sentencia de 12 julio 1984 (RJ 1984\3895) absolvió en un caso en que varias personas compartieron el consumo de porros de hachís aspirando alternativamente su humo. Asimismo la ya citada de 6 abril 1989 admite la hipótesis de que en algún caso las invitaciones entre adictos pudieran reputarse una modalidad de autoconsumo atípico.

En la Sentencia 6 de abril 1989 (RJ 1989\3026), en la misma línea, se alude a «hipotética modalidad de autoconsumo, a las recíprocas invitaciones entre adictos a la droga que cada uno porta para atender a su propia necesidad».

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Pero el Tribunal Supremo²⁸⁸, posteriormente a la década de los 80 ha ido puliendo la doctrina del consumo compartido, sobre todo durante los años 90, reputando atípicas aquellas situaciones en las que ha entendido que no existe un acto de tráfico interpretando en ocasiones que lo que existe más bien es un consumo de la sustancia estupefaciente por diversos individuos, uno de los cuales ha sido el encargado de su adquisición.

Un claro ejemplo de aplicación del “consumo compartido” como forma de exclusión de la atipicidad lo refleja la Sentencia 2 de noviembre 1992²⁸⁹ en la que se establece que « simplemente hubo un acto aislado de consumo por dos personas, ambas adictas a la cocaína, referido a una cantidad ínfima, "lo que comúnmente se llama una raya" y ante lo insignificante de tal conducta, ha de entenderse que nos encontramos ante un caso más de autoconsumo que es impune»; o la Sentencia de 18 de diciembre 1992²⁹⁰ que apreció que la tenencia de la droga era

²⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 216/1993 (Sala de lo Penal), de 4 febrero RJ 1993 860 Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez

²⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2367/1992 (Sala de lo Penal), de 2 noviembre - RJ 1992\8866 -Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García

²⁹⁰ Sentencia de 18 de diciembre 1992 (RJ 1992\10446) aprecia que «existe una bolsa común aportada por el recurrente y sus compañeros de Servicio militar para celebrar conjuntamente el fin de dicho Servicio, por lo que Juan Carlos era mero encargado de realizar la compra común de "speed" que se trocó por el vendedor en butremorfina y su tenencia de la droga era ostentada no sólo en propio nombre sino en nombre y al servicio de los demás -en la parte que habían sufragado-, los cuales venían a ser también poseedores de la anfetamina aunque no tuvieran una relación de contacto con la misma, y como todos eran consumidores de la droga, ello se traduce en posesión colectiva para el propio consumo, lo que excluye el factor tendencial de transmitir la droga a terceras personas ajenas a dicho grupo».

En el supuesto que examinamos en el presente recurso, no hay objeción para inferir del relato histórico de la sentencia, ampliado, con valor fáctico, por determinados extremos de la fundamentación jurídica, que la mínima cantidad de sustancia estupefaciente cocaína reunida en la «rayita» que era esnifada por el recurrente y los tres amigos que le acompañaban, había sido adquirida con el dinero aportado por los cuatro, sin que pueda incardinarse la conducta del recurrente, que fue quien se encargó de materializar la compra de la sustancia estupefaciente, en un acto de tráfico o favorecimiento a un consumo que era de todos, y por ello, acorde con la doctrina de esta Sala antes expuesta, integrando un supuesto de autoconsumo atípico. El motivo debe ser, por consiguiente, estimado.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

ostentada no sólo en propio nombre sino en nombre y al servicio de los demás -en la parte que habían sufragado-, los cuales venían a ser también poseedores de la anfetamina aunque no tuvieran una relación de contacto con la misma, y como todos eran consumidores de la droga, ello se traduce en posesión colectiva para el propio consumo, lo que excluye el factor tendencial de transmitir la droga a terceras personas ajenas a dicho grupo».

Interesante reflexión hace la Sentencia del Tribunal Supremo 443/1994291, que empieza a hablar expresamente de “consumo compartido”. Expresa la Sentencia que existen casos especiales de «consumo compartido entre adictos» en frase de la Sentencia de 3 junio 1993 (RJ 1993\4801); a los que se equiparan los supuestos de aportación de varios, asimismo adictos, para formar un fondo común con el fin de adquirir la sustancia que entre todos han de consumir [Sentencias de 18 diciembre 1992 (RJ 1992\10446), 7 junio 1993 (RJ 1993\4851) y 18 octubre 1993 (RJ 1993\7538)], en la que, por la insignificancia de tal conducta [Sentencia de 2 noviembre 1992 (RJ 1992\8866)], se entiende que el hecho es impune como una modalidad del autoconsumo.

B. FUNDAMENTO DE LA CAUSA DE ATIPICIDAD

Debemos partir de la reiterada anteriormente idea de que el Tribunal Supremo²⁹² ha venido estimando de una forma muy contundente que la donación de droga es una conducta que encaja en el tipo de delito del art. 368 del Código Penal, porque para el bien jurídico protegido, la salud pública, es indiferente que la transmisión de la droga a un tercero lo

²⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 543/1994 (Sala de lo Penal), de 3 marzo - Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García

²⁹²[véanse, entre otras muchas, las SS. 19-5-1989 (RJ 1989\4223) y 25-1-1992 (RJ 1992\453), que razonan ampliamente al respecto.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

sea a título oneroso o gratuito, pues lo que se sanciona nada tiene que ver con la existencia o no de ánimo de lucro, y, desde luego, y esto es lo importante, con tal conducta se favorece el consumo ilegal de sustancias estupefacientes, que es uno de los supuestos contemplados en tal norma penal. De igual forma y con la misma contundencia, ha reputado como donación la invitación gratuita al consumo, es decir, el hecho de compartir por varias personas la droga tóxica que uno o varios de ellos aportan, de modo que el que la proporciona para tal consumo colectivo debe ser reputado autor de esta clase de delito, porque, como dice la S. 15-3-1985 (RJ 1985\1654), no han de abrirse nuevos portillos a la impunidad del autoconsumo²⁹³.

La causa de antijuricidad en la aplicación del consumo compartido como causa de atipicidad en el delito de tráfico de drogas la encuentra la doctrina, al igual que el resto de supuestos de atipicidad en el tráfico de drogas, en la inexistencia de peligro general²⁹⁴.

Pero la doctrina jurisprudencial es más explícita y encuentra su justificación en que el artículo 368 del Código Penal es un delito de peligro abstracto, lo que quiere decir «que en el momento de la consumación anticipada con que se configura el tipo no están concretados o determinados los sujetos cuyo bien jurídico de la salud puede verse afectado por el agotamiento de la acción, pero no que pueda faltar la posibilidad remota del daño». En los supuestos de consumo compartido queda excluida esa posibilidad remota, porque el consumo queda referido exclusivamente a personas drogodependientes que por tal condición se ven impelidas a consumir y que lo iban a hacer aunque fuera buscando

²⁹³ Cita la Jurisprudencia en este mismo sentido las SS. 18-3-1980 (RJ 1980\1151), 26-10-1981 (RJ 1981\3883), 20-6-1985 (RJ 1985\3036), 26-6-1985 (RJ 1985\3068), 6-4-1989 (RJ 1989\3026), y la ya mencionada de 19-5-1989, entre otras muchas].

²⁹⁴ Sequeros Satazornil, F: El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico, La Ley, 2000

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

otro medio diferente de suministro, sin que, desde luego, exista riesgo alguno de incidir en la salud de otras personas²⁹⁵.

También hemos visto anteriormente como la doctrina jurisprudencial ha justificado la atipicidad del consumo compartido entendiendo que el acto de adquisición o de tenencia material de la droga es ejecutado por uno o alguno de ellos en una mera sustitución de la intervención de los demás, y no tanto como favorecimiento del acto de adquisición de la droga por éstos²⁹⁶.

En este sentido, pero de una forma más pormenorizada, analiza la Sentencia 467/1995²⁹⁷ el fundamento de la aplicación de la doctrina del

²⁹⁵ Explica la Sentencia del Tribunal Supremo 443/1994 cómo han puesto de manifiesto las Sentencias de este mismo Tribunal de 22 febrero y 25 marzo, ambas de 1993 (RJ 1993\1488 y RJ 1993\2551), el del artículo 344 del Código Penal es un delito de peligro abstracto, lo que quiere decir (Sentencia de 25 mayo 1993) «que en el momento de la consumación anticipada con que se configura el tipo no están concretados o determinados los sujetos cuyo bien jurídico de la salud puede verse afectado por el agotamiento de la acción, pero no que pueda faltar la posibilidad remota del daño». Y esto último es lo que ocurre en los casos como el presente en que queda excluida esa posibilidad remota, porque el consumo queda referido exclusivamente a personas drogodependientes que por tal condición se ven impelidas a consumir y que lo iban a hacer aunque fuera buscando otro medio diferente de suministro, sin que, desde luego, exista riesgo alguno de incidir en la salud de otras personas.

La valoración social de estos actos de «consumo compartido entre adictos», siempre con carácter gratuito, es la misma que la que pueden tener los actos en que esas personas pudieran consumir aisladamente. El hecho de obrar conjuntamente en tales supuestos, lo que es frecuente en grupos de jóvenes, nada reprochable añade a la significación del acto que no tengan los casos en que esos mismos hechos se realizaran aisladamente. Nada valorable como antijurídico tienen los supuestos aquí examinados que no tengan los casos paralelos de consumos aislados, y si éstos son impunes también habrán de serlo aquéllos.

²⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1037/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 5 diciembre -RJ 2007/8672- Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

²⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 467/1995 (Sala de lo Penal), de 28 marzo - RJ 1995\2246 - Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz

En semejante sentido se ha manifestado la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 323/1995 (Sala de lo Penal), de 3 marzo RJ 1995 1794:

el fundamento de tal doctrina se encuentra en la no acomodación al tipo de las concretas conductas enjuiciadas, en base a no darse en ellas, por la pequeña cantidad de droga adquirida, su naturaleza de droga blanda en la mayoría de los casos y su destino al autoconsumo inmediato, el peligro abstracto para el bien jurídico de la salud de indeterminados consumidores cuyo acceso a la droga se promueve o facilita, peligro en

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

consumo compartido, explicando que dentro del amplio contexto del artículo 344 (actual art. 368 Código Penal), es de tener en cuenta que la conducta criminal requiere la existencia de un peligro abstracto de facilitación, promoción o favorecimiento del consumo porque la finalidad de la norma es la tutela del bien jurídico, o salud pública, mediante la evitación del peligro general que supone el consumo de la droga por personas indeterminadas. Mas ese peligro no acontece cuando se trata de personas adictas y concretas que deciden voluntariamente consumir el alucinógeno en grupo. Se impone, ello no obstante, la mayor cautela y prudencia a la hora de enjuiciar estos casos para evitar la impunidad de hechos en los que la importancia de la droga detentada y poseída ayude a pensar en un tráfico generalizado o cuando no se pudiera excluir el riesgo de ser destinada a un consumo general e indiscriminado. De ahí que la exclusión del tipo penal exija que la cantidad de droga destinada al uso compartido no rebase el límite de un consumo inmediato, precisamente lo que aquí ha ocurrido, pues entonces el comprador de la droga que la facilita gratuitamente para el consumo del grupo, él incluido, es una especie de detentador o tenedor temporal de la sustancia que por medio de su persona es igualmente poseída por quienes la van a consumir

que se asienta la antijuricidad material de la conducta, esto es, el contenido sustancial del hecho declarado delictivo, tratándose en aquellos casos sólo de actos concretos de autoconsumo, cuyo carácter atípico e impune debe trascender, por la razón expuesta de la ausencia de antijuricidad material, al que actúa como mandatario de todos ellos. Por lo que, como advierte también la ya citada Sentencia de 7 junio 1993 (RJ 1993\4851) (criterio que reitera la de 16 julio 1994 [RJ 1994\6457]) se hace preciso «que el acto de intermediación no sea, ya por su cuantía, ya por estar remunerado, ya por otras circunstancias, de tal naturaleza que debe estimarse un acto de promoción o facilitación del consumo a terceros». Y ello habrá de considerarse así en los supuestos en que la conducta, aunque se ejecute no sólo en utilidad propia sino de terceros y por encargo de éstos, que sólo pretenden la ejecución compartida de un acto en sí penalmente lícito, sea de tal índole que aparezca en ella creado el riesgo para la salud de los destinatarios de la droga que la tipificación penal pretende vetar y que es lo que dota de antijuricidad a tal clase de comportamientos. Por lo que en esos supuestos límites la decisión sobre su carácter delictivo no puede ser genérica y absoluta, sino concreta y en relación con las circunstancias concurrentes, esto es, debe resolverse la ilicitud o no de la conducta imputada caso por caso.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

(Sentencias de 29 septiembre, 16 julio y 3 marzo 1994 [RJ 1994\6457 y RJ 1994\1690]).

Un claro ejemplo de exclusión de la tipicidad por aplicación de la doctrina del consumo compartido, lo es la Sentencia del Tribunal Supremo 2402/1992²⁹⁸, en un supuesto, dice la Sentencia, que el acusado y su acompañante adquieren conjuntamente la heroína, no con propósito de difusión ni de trasmisión a terceros, sino única y exclusivamente para su uso y aplicación personal, como así efectuaron. En el presente caso, en el que uno de los acusados fue sorprendido por funcionarios de Policía cuando al parecer, juntamente con otra persona, estaba a punto de inyectarse con una jeringuilla 0,250 gramos de heroína, después de haberse inyectado el individuo que le acompañaba con la misma jeringuilla, habiendo adquirido la droga conjuntamente el procesado y la otra persona, ha dicho el máximo intérprete que nos hallamos ante una hipótesis de donación de droga, que la jurisprudencia de modo pacífico y reiterado viene integrando entre las modalidades de tráfico ilícito subsumibles en las previsiones del art. 344 del Código Penal (vigente art. 368 del Código Penal). Ni siquiera en la forma de invitación a consumir, cuyo acto merece igualmente el reproche legal, según la doctrina del Tribunal Supremo, al sobrepasar el límite permitido por el art. 344 del Código [Cfr., entre otras, SS. 15-3-1985 (RJ 1985\1654), 6 abril y 19 mayo 1989 (RJ 1989\3026 y RJ 1989\4223), 22-10-1990 (RJ 1990\8213) y 22 abril 1991 (RJ 1991\2842)]. Expresa que el supuesto que se examina no trasciende del mero autoconsumo. Sigue recordando la Sentencia que la jurisprudencia es constante y reiterada en la advertencia de que la posesión o tenencia de droga o estupefaciente para el propio consumo supone un comportamiento atípico, al margen de toda punibilidad [Cfr.,

²⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2402/1992 (Sala de lo Penal), de 11 noviembre - RJ 1992\9274 - Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

entre muchas, SS. 21-5-1985 (RJ 1985\2524), 17-12-1986 (RJ 1986\7943), 31-3-1988 (RJ 1988\2134), 26 junio y 8 noviembre 1990 (RJ 1990\5711 y RJ 1990\8787)].

En definitiva, “la doctrina de la atipicidad del consumo compartido, desarrollada por el espíritu innovador de esta Sala hace dos décadas, viene a mitigar la desmesurada amplitud que alcanzaría el tipo penal en caso de no ser interpretado en función de las necesidades estrictas de tutela del bien jurídico protegido, la salud pública. Los comportamientos típicos deben ser los idóneos para perjudicar la salud pública porque promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, objetivo o finalidad que debe estar presente en todas las acciones que se incluyen en el tipo, incluida la posesión, el cultivo e incluso la elaboración o el tráfico, pues ni el tráfico legal, en el ámbito farmacéutico por ejemplo, ni el cultivo con fines de investigación o consumo propio, constituyen conductas idóneas para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal por terceros, y en consecuencia no están abarcados por el amplio espectro de conductas que entran en el radio de acción del precepto”. Sentencia del Tribunal Supremo num. 484/2015 de 7 septiembre²⁹⁹.

C. REQUISITOS JURISPRUDENCIALES PARA LA APRECIACIÓN DEL CONSUMO COMPARTIDO³⁰⁰

Uno de los argumentos más recurrentes para alcanzar la atipicidad de una conducta que inicialmente pueda ser considerada punible y calificable como de un acto de tráfico de drogas, lo es sin duda, el

²⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) númm. 484/2015 de 7 septiembre (RJ\2015\4178); Ponente: Excmo Sr. Antonio del Moral García

³⁰⁰ El esquema de desarrollo del presente esquema se realiza basándonos en el análisis que efectúa la Sentencia del Tribunal Supremo 1037/2007 (RJ 2007 8672)

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

autoconsumo compartido. Se tratad, como hemos dicho, de una figura de constricción jurisprudencial, y tal vez, de las que más pronunciamientos existan, dando lugar a un cuerpo sólido de doctrina en la que se establecen cuáles son esos criterios o parámetros a considerar para su aplicación. Ahora bien, como así lo criticara alguna Audiencia Provincial³⁰¹, no siempre han sido aplicados con rigidez, modulándose en determinados casos.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido exigiendo para reputar, de modo excepcional, atípica la conducta consistente en el consumo conjunto de droga por diversas personas, la concurrencia de las siguientes circunstancias:

a) En primer lugar, los consumidores han de ser ya todos ellos adictos, para excluir la reprobable finalidad de divulgación del consumo de esas sustancias nocivas para la salud³⁰².

El Tribunal Supremo³⁰³ es claro al exigir que los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si así no fuera, dice, el grave riesgo de impulsarles al consumo o habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 368 del Código Penal ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento.

Esta exigencia de que todos los consumidores hayan de ser adictos ha venido flexibilizándose, al admitir en muchos casos al consumidor

³⁰¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 6ª) núm. 42/2014 el 16 junio de 2014. (JUR\2014\218388)

³⁰² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 27 de enero de 1995 [RJ 1995, 681] Ponente: Excmo. Sr. Manuel García Miguel. Se analiza un supuesto de intercambio de drogas entre adictos.

³⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 765/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 21 septiembre - RJ 2007\5466 Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

esporádico o de fin de semana³⁰⁴, pues como se precisa, otra cosa determinaría un trato desfavorable para los no drogadictos³⁰⁵.

De la misma manera, el Tribunal Supremo ha establecido que debe acreditarse la regularidad en el consumo de drogas, es decir, que sin llegar a ser adicto se trate de tan sólo un consumo puntual u ocasional³⁰⁶.

b) El consumo debe producirse en lugar cerrado o, al menos, oculto a la contemplación por terceros ajenos, para evitar, con ese ejemplo, la divulgación de tan perjudicial práctica³⁰⁷

Viene declarando la doctrina jurisprudencial³⁰⁸ que “el proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación

³⁰⁴ también precisa que no se trata de que los integrantes de aquel círculo merezcan la consideración de adictos, sino que basta con que sean consumidores, aunque esporádicos, Debiéndose matizar ¿como hacen las SSentencia del Tribunal Supremo 983/2000, de 30 de mayo (RJ 2000, 6108); 237/2003, de 17 de febrero (RJ 2003, 2387); 286/2004, de 8 de marzo (RJ 2004, 2255), ó 225/2006, de 2 de marzo (RJ 2006, 2183)?, que dentro de la condición de «drogodependientes», debe incluirse a aquellas personas que puedan responder al patrón de «consumidor de fin de semana», es decir, consumidores no diarios, aunque sí puedan ser habituales de fin de semana, días festivos o acontecimientos semejantes. RJ 2006 9367

³⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 680/2006, RJ 2006/3981: “Ha de tenerse en cuenta además, que la condición de consumidores esporádicos es precisamente la figura que se comenta del consumidor esporádico de fin de semana la más típica y usual de los casos de consumo compartido.”

Véanse sentencias de 23.3.2005, 9/12/2002 y 14/3/2002, TS

³⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 1038/2006 Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1038/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 19 octubre, Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer:

En efecto, no se ha acreditado, con prueba mínimamente fiable, que fueran drogadictos los individuos que pensaban agruparse para consumir, según versión del recurrente. Los testigos amigos de los encausados no convencieron al Tribunal sobre sus manifestaciones tendentes a demostrar una presunta condición de adictos, siquiera fuera una adicción al consumo habitual de fin de semana.

La insistencia de que se estaba celebrándola fiesta de cumpleaños de uno de ellos y del embarazo de su novia, está sugiriendo que cuando no se produce una efemérides de esta naturaleza, la regularidad en el consumo no se da. Distinta sería la afirmación de que todos o la mayor parte de los fines de semana consumen, bien celebrando un acontecimiento o sin celebrarlo, unidos en grupo o individualmente (Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 31-3-2006 [RJ 2006, 2324], núm. 378/2006). Solamente de los partícipes el acusado Marcelino reconoce consumir regularmente.

³⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1995³⁰⁷ [RJ 1995, 8011] Ponente: Excmo. Sr. Luis Román Puerta Luis

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo; aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente. La referencia a lugar cerrado es frecuente en la jurisprudencia, y un ejemplo de ello lo constituyen las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 9144] y 2 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8011]).

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 216/2002³⁰⁹ no aprecia el consumo compartido, al no concurrir entre otros, uno de los requisitos, cual es el de que el consumo tenga lugar en lugar cerrado, en tanto la fiesta donde se iba a compartir el consumo se celebraba en una carpa del Ayuntamiento, abierta al público, fiesta que es calificada por la Sala sentenciadora como de «multitudinaria», lo que produce, como también se expone, que «nada garantizaba, en absoluto, que terceros ajenos a quienes proyectaron el consumo pudieran ser finalmente copartícipes en el mismo».

c) La cantidad ha de ser "insignificante" (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8326]) o, cuando menos, mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro³¹⁰;

Ya dijimos que uno de los requisitos para apreciar como atípica la donación de drogas a drogodependientes por familiares o allegados era el de la jurisprudencia viene exigiendo que se trate de cantidades mínimas, sin hacer una concreción de qué debemos entender por cantidad mínima.

³⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 765/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 21 septiembre – (RJ 2007\5466) - Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

³⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 216/2002 (Sala de lo Penal), de 11 mayo, (RJ 2002\4737), Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chávarri

³¹⁰ La cantidad de droga programada para la consumición ha de ser insignificante (ver sentencias de 25 de junio [RJ 1993, 5224] y 10 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 8494], 21 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8868] y 28 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8942]).

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Lo mismo ocurre con el consumo compartido, en el que podemos reiterar que el concepto “cantidad mínima” al que hace referencia, es distinto al de dosis mínima psicoactiva, como criterio actualmente aplicado por la jurisprudencia para entender atípicas las conductas enmarcadas en el principio de insignificancia.

Establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003, como ya se dijo, que la aplicación de esta doctrina jurisprudencial de exclusión de la tipicidad “que debe conciliarse con la necesidad de evitar la eventual difusión de droga en los centros penitenciarios, por lo que únicamente resulta aplicable en supuestos mínimos, que sin llegar a la insignificancia que determina al atipicidad por falta de objeto, garanticen que la droga, por su cantidad y naturaleza, está destinada al consumo inmediato y exclusivo del destinatario, por lo que no exista riesgo de transmisión a otras personas distintas al familiar al que iba destinada”

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1657/1998³¹¹ prevé de la misma manera que se trate igualmente de cantidades mínimas, aunque en estos topes cuantitativos no quepa establecer reglas rígidas que puedan degenerar en soluciones o agravios totalmente injustos.

Recordemos como en alguna ocasión, el criterio de cantidad mínima lo ha identificado la Jurisprudencia como cantidad que no exceda de la dosis terapéutica³¹².

³¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 216/2002 (Sala de lo Penal), de 11 mayo -RJ 1998\10323- Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chávarri

³¹² Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1653/1998 de 22 diciembre RJ\1998\9814

“tiene declarado esta Sala que «una jurisprudencia en formación de esta Sala viene excluyendo la responsabilidad penal por el delito de tráfico de drogas de los artículos 344 del Código Penal derogado y 368 del nuevo Código Penal, en algunos supuestos de donaciones de cantidades mínimas de droga hechas por familiares cercanos a persona toxicómana, para aliviar su posible síndrome de abstinencia (SS. 27 mayo, 3 junio y 12 septiembre 1994 [RJ 1994\4057, RJ 1994\9346 y RJ 1994\7204], 12 enero 1995 [RJ 1995\130], 16 enero y 28 octubre 1996 [RJ 1996\76 y RJ 1996\8569] y 22 enero 1997 [RJ 1997\1271]). Para la exclusión de la responsabilidad penal en tales donaciones exige la jurisprudencia que concurren los siguientes requisitos: que la cantidad de droga

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Pero también es interesante la Sentencia Tribunal Supremo núm. 749/2007313 en la que ofrece datos bastantes interesantes al afirmar que el criterio de la Sala acerca de la tenencia de sustancias estupefacientes preordenada al tráfico, criterio reiterado en las SSTribunal Supremo 4839/2007, 25 de junio y 281/2003, 1 de octubre (RJ 2003, 7213), en las que se recuerda que la jurisprudencia ha fijado el consumo medio diario de cocaína en un gramo y medio, de conformidad con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología, y tal cifra de consumo diario se aceptó por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19 de octubre de 2001 (JUR 2002, 77558) (cfr. SSTribunal Supremo 1143/1995, 15 de diciembre [RJ 1995, 9195] y 1778/2000, 21 de noviembre [RJ 2000, 9551]). Es criterio también del Instituto Nacional de Toxicología, aceptado por la Sala Segunda, que normalmente el consumidor medio cubre el consumo de drogas de cinco días (cfr. SSTribunal Supremo 578/2006, 22 de mayo [RJ 2006, 3315] y 390/2003, 18 de marzo [RJ 2003, 2670]).

La dificultad de establecer un criterio para estimar que concurre este requisito en el consumo compartido se manifiesta en la disparidad de criterios en la propia doctrina, en la que nos podemos encontrar algún caso como es entre otras, en la STribunal Supremo 2063/2002, 23 de mayo (RJ 2003, 4095), que consideró que la cantidad de 30, 985 gramos de cocaína estaba destinada al consumo compartido por los dos adquirentes que resultaron enjuiciados, o la STribunal Supremo 1251/2002, 5 de julio (RJ 2002, 7937), que estimó creíble la versión del acusado que fue sorprendido con 41,813 gramos de cocaína, con una riqueza máxima del 39,2%, alegando que dicha cuantía estaba destinada al propio consumo.

entregada sea muy pequeña y no exceda de la dosis terapéutica; Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1653/1998 de 22 diciembre [RJ\1998\9814](#)

³¹³ Sentencia Tribunal Supremo núm. 749/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 19 septiembre, RJ 2007/8858. Ponente: -José Antonio Marañón Chavarri.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

No ha sido infrecuente el caso en el que el Tribunal Supremo ha llegado a soluciones absolutorias desestimando la alegación de aplicación del principio de insignificancia y apreciando como causa de atipicidad el consumo compartido, o viceversa.

Tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 216/2002³¹⁴, en la que, al no concurrir todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia para apreciar un consumo compartido, no cabe por tal cauce estimar inaplicable el art. 368 del Código Penal, pero debe considerarse indebidamente aplicado tal precepto sustantivo penal, por la insignificancia de la droga transmitida en aplicación de la propia doctrina del Tribunal Supremo por la que considera no comprendido en el tipo del art. 368 del Código Penal, la acción de tráfico, cuando por la mínima cantidad de la droga transmitida, atendida la cantidad o la pureza de la misma, no quepa apreciar que entrañe un riesgo efectivo de futura lesión para la salud pública, por lo que la antijuridicidad de la conducta desaparece.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 62/2007³¹⁵, excluye la posibilidad de aplicación del principio de insignificancia y absuelve por entender que concurren los requisitos del consumo compartido:

³¹⁴ Sentencia Tribunal Supremo núm. 216/2002 (Sala de lo Penal), RJ 2002 4737 de 11 mayo Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chavarri:

al no concurrir todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia para apreciar un consumo compartido, no cabe por tal cauce estimar inaplicable el art. 368 del Código Penal, pero debe considerarse indebidamente aplicado tal precepto sustantivo penal, por la insignificancia de la droga transmitida, de conformidad con la doctrina de esta Sala, manifestada, entre otras, en las sentencias de 29-5-1993 (RJ 1993, 4282), 27-5-1994 (RJ 1994, 4498), 12-9-1996, 772/1996, de 28-10 (RJ 1996, 8569), 33/1997, de 22-1 (RJ 1997, 1271), 1889/2000, de 11-12 (RJ 2000, 10149), 1944/2000, de 18-12 (RJ 2000, 10648) y 1591/2001, de 10-12, que considera no comprendido en el tipo del art. 344 del Código Penal/1973, y del 368 del Código Penal/1995, la acción de tráfico, cuando por la mínima cantidad de la droga transmitida, atendida la cantidad o la pureza de la misma, no quepa apreciar que entrañe un riesgo efectivo de futura lesión para la salud pública, por lo que la antijuridicidad de la conducta desaparece.

³¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 62/2007 (sala de lo Penal, Sección 1), de 17 de enero - RJ 2007\744 – Ponente: Excmo. Sr. D. Siro Francisco García Pérez

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

Ahora bien, la bolsita ocupada al acusado, aparte la entregada a Jesus Miguel, contenía, además de media cápsula de MDMA, cocaína que, aun atendido su grado de pureza, excedía cuantitativamente de lo considerado toxicológicamente como dosis mínima psicoactiva: 50 miligramos (véanse sentencias de 12/6/2006 [RJ 2006, 4717], Tribunal Supremo, y las en ella citadas). Por lo que debe aceptarse la tesis del Ministerio Fiscal en orden a que no nos encontramos ante un supuesto netamente subsumible en el principio de insignificancia.

...

Ciertamente que, para la apreciación del supuesto reputado atípico (o no antijurídico) del consumo compartido, además de que la cuantía de la droga, sea escasa, la jurisprudencia exige la inmediatez de su empleo y que se vaya a realizar el consumo en un lugar cerrado y dentro de un círculo definido de consumidores. Pero la misma doctrina (véanse sentencias de 23/3/2005 (RJ 2005, 3202), 9/12/2002 (RJ 2002, 10888) y 14/3/2002 (RJ 2002, 3981)) ha venido a precisar, a los efectos que nos ocupan, que lo que importa es que la dimensión de la cuantía permita entender que el consumo compartido sea la exclusiva finalidad, que el lugar de empleo excluya la publicidad, y, consiguientemente, el ejemplo criminógeno, y que el tiempo esté delimitado y sea próximo; y también precisa que no se trata de que los integrantes de aquel círculo merezcan la consideración de adictos, sino que basta con que sean consumidores, aunque esporádicos, pues otra cosa determinaría un trato desfavorable para los no drogadictos. Véanse sentencias de 23.3.2005, 9/12/2002 y 14/3/2002, Tribunal Supremo

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Encontramos alguna Sentencia, como la núm 1052/2006³¹⁶, en la que no estima aplicable por ausencia de los requisitos que configuran el consumo compartido su atipicidad, y tampoco la por aplicación del principio de insignificancia.

d) La comunidad que participe en ese consumo ha de estar integrada por un número reducido de personas que permita considerar que estamos ante un acto íntimo sin trascendencia pública (STribunal Supremo de 3 de marzo de 1995 [RJ 1995, 1800])

³¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1254/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 21 de diciembre, RJ 2006\8394. Ponente: Joaquín Delgado García:

Sin embargo, en nuestro caso nada de ello se ha acreditado, y por ello el factum no lo recoge, como tampoco la pretendida amistad entre el acusado y quien pretendía comprar, ya que eso resultó expresamente negado por el último.

Finalmente, ocupada una cantidad de cocaína, ascendente a 3,7630 grs., con una riqueza del 72, 59 %, es decir, 2,7315617 grs. de droga pura, aún dividida en diez dosis cada una de 0,27 grs., se superaría la dosis mínima psicoactiva.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28-1-2004, núm. 1982/2002 (RJ 2004, 1729), precisa que «los mínimos psico-activos son aquellos parámetros ofrecidos por un organismo oficial y de reconocida solvencia científica, como es el Instituto Nacional de Toxicología, que suponen un grado de afectación en el sistema nervioso central, determinando una serie de efectos en la salud de las personas, desde luego perjudiciales, al contener unos mínimos de toxicidad, y producen también un componente de adicción, que ocasiona que su falta de consumo incite hacia la compulsión. Se trata, pues, de drogas que ocasionan daño en la salud pública, entendida ésta como la de los componentes de la colectividad en su aspecto individualizado, y cuya pena se diseña por el legislador penal, según que tal afectación (daño) sea grave o no.

Esos mínimos suponen que la cantidad transmitida es algún tipo de sustancia estupefaciente, tóxica o psicotrópica incluida en los convenios internacionales en la materia, mediante los listados al efecto. Colman, pues, el tipo objetivo del delito, e inciden tanto en la antijuridicidad formal, como en la material».

En nuestro caso la dosis mínima psicoactiva de la cocaína se fija por el referido INT en 50 mg. es decir, 0,05 gr., lo que es ampliamente superado por la sustancia objeto de aprehensión que alcanza en su totalidad los 2,7315617 grs. de droga pura, y aún dividida en diez dosis, cada una los 0,27 grs.

2. En cuanto al error en los hechos, el recurrente si bien cita el artículo de la LECrim que le pueda servir de apoyo, no desarrolla el submotivo, pues ni fija en que parte de los hechos está el error del juzgador, ni tampoco los documentos literososuficientes, con sus particulares, capaces de evidenciarlo

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

Este requisito será comentado junto con el siguiente.

e) Las personas de los consumidores han de estar concretamente identificadas, para poder controlar debidamente tanto el número de las mismas, en relación con el anterior requisito, cuanto sus condiciones personales, a propósito del enunciado en primer lugar (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1998 [RJ 1998, 3760]):

La Sentencia Tribunal Supremo núm. 1254/2006³¹⁷, no apreció el autoconsumo compartido en un supuesto en el que adquisición de droga por el acusado para consumir en fiesta de carnaval en un determinado lugar, pero se trataba de un número indeterminado de personas y algunos de los componentes de ese grupo no quedaron identificados, por lo que justifica la indeterminación de las personas en que no se podría afirmar que todos ellos fueran consumidores habituales de las sustancias estupefacientes adquiridas conectando así este requisito con el comentado de que los todos los destinatarios de la droga deben ser adictos o por lo menos, consumidores ocasionales.

La Sentencia Tribunal Supremo núm. 978/2006³¹⁸ confirma la resolución condenatoria de la Sentencia recurrida porque falta un mínimo de identificación respecto al ámbito del consumo y de los consumidores.

³¹⁷ Sentencia Tribunal Supremo núm. 1254/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 21 diciembre RJ 8394 Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García

³¹⁸ Sentencia Tribunal Supremo núm. 978/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 2 octubre -RJ 2006 9013- Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García.

Así el acusado declara en el acto del juicio oral que iba a ir una fiesta «con estas chicas» ¿de las que no da señas que pudieran identificarlas, salvo en el caso de Cristina, sorprendida en el intercambio? y que a esa chica ¿Ariadna? se lo entregó porque no sabía si podría ir a la fiesta; él era consumidor. Y, ante el Juez, había manifestado que únicamente se limitó a darle a ella ¿Ariadna? la droga que le había encargado el día anterior y que las nueve papelinas que tenía en la moto eran para su consumo, de su novia y de un amigo

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

f) Debe tratarse de un consumo inmediato (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1999 [RJ 1999, 1269]).

La Sentencia Tribunal Supremo núm. 765/2007³¹⁹ se remite a otras resoluciones para la explicación del presente requisito³²⁰. Con esto, lo que se exige es que la cantidad de la sustancia en posesión de los consumidores y el número de éstos, deben reunir un criterio de proporcionalidad para que la droga pueda ser consumida de una forma inmediata.

Vemos con la Sentencia del Tribunal Supremo 1038/2006³²¹, como no aprecia el consumo compartido al no tratarse de un consumo inmediato de tales sustancias, pues el acusado y los testigos primero dijeron que entregaron el dinero pensando que la fiesta iba a ser el 28 de febrero (11 días después), y luego que se adelantaba para el sábado inmediato, en todo caso dos días después de la fecha presunta del acopio.

Alguna resolución ha establecido entre sus requisitos, no sólo la identificación de los consumidores y su inmediato consumo, sino que

Y Ariadna declara en el juicio que el día anterior había quedado con un grupo de amigos en irse de fiesta, iban la novia de Eugenio y otro amigo, ella iba a llevarse también algunas amigas, iba a ir un grupo, incluso había gente que ella no conocía, el día de autos decidió junto con otra amiga irse a otro sitio, Ariadna se había encargado, porque ella no sabía dónde cogerla, y quedó con él para que le diera su parte, medio gramo de cocaína, por 25 euros. Ante el Juez había manifestado que a la fiesta iban a ir Eugenio y otros amigos y Eugenio se encargó de ir a comprar lo que cada uno quería; sin especificar cuáles fueran esos amigos.

Por lo que, ante tal falta de definición del ámbito personal, no cabe apreciar que se trate el enjuiciado de un caso de consumo compartido.

³¹⁹ La Sentencia Tribunal Supremo núm. 765/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 21 septiembre - RJ 2007 5466 - Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

³²⁰ Al consumo normal e inmediato alude la jurisprudencia en las sentencias de 25 de junio de 1993, y, 25 de septiembre (RJ 1995, 6745) y 2 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8011).

³²¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1038/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 19 octubre - RJ 2006\9374- Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

además el consumo se produzca a presencia de quien a la vez es consumidor y donante³²².

g) Que no haya ganancia para el que aporta la droga.

Este requisito jurisprudencial en muy contadas resoluciones se ha mencionado expresamente³²³. Entendemos que la omisión de la expresión de este requisito responde al hecho de que la donación por su propio concepto conlleva la falta de ganancia o contraprestación, y el supuesto aquí analizado de consumo compartido se refiere a supuestos de donación para el inmediato consumo.

A **modo de recapitulación**, recientemente hemos conocido una Sentencia en la que el Tribunal Supremo núm. 493/2015 de 22 de julio³²⁴ en la que se consolidan los requisitos para la apreciación del consumo compartido como causa de atipicidad penal:

En concreto, la Jurisprudencia de la Sala establece como elementos integradores de la doctrina de la atipicidad del consumo compartido los siguientes :

³²² (Sentencias de 467/1995 RJ 1995/2246, DE 17 junio 1994 [RJ 1994\5174], 14 abril, 25 marzo y 22 febrero 1993 [RJ 1993\3265, RJ 1993\2551 y RJ 1993\1488]).

³²³ A modo de ejemplo podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo 978/2006 RJ 2006/9013 o la Sentencia del Tribunal Supremo RJ 1995 2246

³²⁴ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 493/2015 de 22 julio. (JUR 2015\196167); Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Giménez García

En el mismo sentido también se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 360/2015 de 10 junio (RJ 2015\2516); **Ponente:** Excmo. Sr.Cándido Conde-Pumpido Tourón

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

a) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, concepto que, ya lo anunciamos, ha sido suavizado. La razón de este requisito estriba en interdicción de facilitar el consumo a quien no es consumidor y ello no podría impedir la aplicación del art. 368 del Cpenal . Se estaría ante un acto tan patente, acto de promoción o favorecimiento. A esta exigencia hacen referencia sentencias tales como las de 25 de Junio de 1993 (RJ 1993, 5370) , 3 de Marzo , 3 de Junio y 25 de Noviembre de 1994 (RJ 1994, 9995) , 27 de Enero , 3 de Marzo de 1995 , 20 de Julio de 1999 (RJ 1999, 6514) , 13 de Diciembre de 2001 (RJ 2002, 1992) . No obstante dentro del concepto adictos deben entenderse los consumidores habituales de fin de semana , singularmente en los casos de drogas sintéticas (MDMA, MDA) en los que el patrón de consumo más habitual responde al consumidor de fin de semana, en el marco de fiestas o celebraciones entre amigos.

En efecto que la exigencia de que el grupo de consumidores hayan de ser adictos, entendiendo esta palabra como "consumidor de fin de semana", un patrón de uso que no exige la condición de drogadicto strictu sensu ha sido el criterio sostenido por la jurisprudencia de esta Sala -- SSTS 983/2000 de 30 de Mayo (RJ 2000, 6108) , 237/2003 de 17 de Febrero (RJ 2003, 2387) , 286/2004 de 8 de Marzo (RJ 2004, 2255) , 408/2005 , 225/2006 y 718/2006 de 30 de Junio (RJ 2006, 3981) --, esta última sentencia nos recuerda que la condición de consumidor esporádico de fin de semana (o con ocasión de algunos eventos) es la más usual y típica del consumo compartido. Ciertamente el mantenimiento riguroso del término "adicto" versus drogodependiente supondría prácticamente el vaciamiento de la doctrina del consumo compartido.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

b) El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado , y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo; aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente.

c) La cantidad de droga programada para la consumición ha de ser mínima como correspondiente a un normal y esporádico consumo -- SSTS de 25 de Junio y 10 de Noviembre de 1993 (RJ 1993, 8499) , 21 de Noviembre de 1994 y 28 de Noviembre de 1995 --, en todo caso podemos citar la STS 408/2005 (RJ 2005, 3202) estima consumo compartido la cantidad de 7'9 gramos de coca sin concretar concentración.

d) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes , perfectamente identificables por su número y condiciones personales, por lo que han de ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales.

e) Ha de tratarse de un consumo "inmediato" de las sustancias adquiridas -- SSTS de 25 de Junio de 1993 , 25 de Septiembre y 2 de Noviembre de 1995 -- y sin contraprestación especulativa de las sustancias adquiridas al efecto -- SSTS de 16 de Junio de 1997 y 15 de Enero de 1998 (RJ 1998, 11) --.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

**D. LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES DE CANNABIS
COMO FORMA DE AUTOCONSUMO COMPARTIDO**

I. ANTECEDENTES

Nos encontramos ante una cuestión de máxima actualidad, la que se plantea ante el Tribunal Supremo a cerca de la relevancia penal que puede tener la constitución de una asociación de consumidores de cannabis, y en este caso más concreto, la tipicidad de la actividad de una asociación de cultivo compartido de cannabis. Desde luego, aquellos que se postulan a favor de la regularidad, no sólo ya penal sino también administrativa de estas asociaciones se amparan en la teoría jurisprudencial del autoconsumo compartido, cuyos requisitos los hacen extensivos al cultivo compartido. Como veremos, desde la Sala Segunda del Tribunal Supremo se entiende que no encuentra encaje en dicha supuesto de atipicidad, por lo que la promoción o creación de este tipo de asociaciones se entiende como actos de verdadero tráfico de drogas.

Ante la proliferación de este tipo de asociaciones, ya tuvo ocasión de pronunciarse la Fiscalía General del Estado, mediante la Instrucción 2/2013³²⁵, advirtiendo que “Las conductas de producción o cultivo de cannabis para su ulterior distribución entre los miembros de la asociación puede no encajar dentro de estos límites tan estrechos (consumo compartido) y entrar en el ámbito de las que se tipifican en los artículos 368 y siguientes”.

La Fiscalía General del Estado fundamenta su posición de censura frente a este tipo de asociaciones, en su ilicitud basada en la infracción de normas administrativas, para darle después incluso relevancia penal. Así,

³²⁵ Instrucción 2/2013 de la Fiscalía General del Estado sobre algunas cuestiones relativas a asociaciones promotoras del consumo de cannabis.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

entiende que La Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, adaptándolas a lo establecido en el Convenio Único de 1961 sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas, atribuye al Estado el almacenamiento y distribución de los productos estupefacientes para los laboratorios, oficinas de farmacia, hospitales y centros distribuidores autorizados para la fabricación de medicamentos o fórmulas magistrales.

Continúa afirmando esta Instrucción que la fiscalización de estas sustancias supone que ninguna persona natural o jurídica podrá dedicarse al cultivo y producción (...), ni aún con fines de experimentación, sin disponer de la pertinente autorización (art. 8.1 Ley 17/1967). A su vez, al amparo de la previsión que realiza el art. 22 de la expresada Ley 17/1967, dispone que no se permitirán otros usos de los estupefacientes que los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados.

Desde luego, la frente a la constitución de asociaciones de consumidores de cannabis la posición del Ministerio Fiscal es muy contundente, dejando clara su postura: en ningún caso es lícito el cultivo de cannabis sin autorización administrativa, aunque sea para uso privado. Por el contrario, dicha actividad será constitutiva de delito contra la salud pública o, en su defecto, de infracción administrativa (arts. 32 y 33 Ley 17/1967).

A mi juicio, claro está que la Fiscalía General del Estado parte de una premisa errónea, al plantear la Instrucción comentada como “cuestiones relativas a asociaciones promotoras del consumo de cannabis”, cuando el objeto de estas asociaciones no es precisamente la promoción del consumo de cannabis, sino el consumo compartido de cannabis y en el caso que comentaremos en el presente apartado, al cultivo compartido de cannabis, con una finalidad de consumo compartido.

Desde luego, nos encontramos ante una cuestión sumamente controvertida, hasta el punto de que el Parlamento Navarro ha aprobado

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

la Ley Foral 24/2014, de 2 diciembre³²⁶ reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra.

Como apreciamos, no se pretende regular administrativamente asociaciones que tienen como fin la promoción del consumo de cannabis, sino regular las asociaciones de consumidores, estableciendo unos requisitos para que la actividad no se convierta en una forma de promoción del consumo de cannabis.

La propia exposición de motivos realiza una mención expresa a la teoría del consumo compartido, entendiendo que las asociaciones cuya regulación se pretende reúne todos sus requisitos para considerarlas penalmente irrelevantes. En efecto, se realiza una mención a “la jurisprudencia considera, atendiendo a las citadas normas, así como a la realidad social, que el consumo de dichas sustancias escapa del tipo penal del artículo 368 cuando se lleva a cabo de forma personal y sin riesgo para la salud colectiva. Igualmente, no constituirá infracción administrativa si dicho consumo o tenencia no se lleva a cabo en lugares públicos.

El consumo de cannabis, por tanto, no constituye ilícito penal o administrativo cuando se somete a los límites impuestos por la norma e interpretados por la jurisprudencia, admitiéndose dentro de dichos límites tanto el consumo compartido como el abastecimiento para el consumo propio.”

A través de la Ley Foral Navarra se han establecido las condiciones básicas que este tipo de asociaciones tiene que reunir para dar cumplimiento a las exigencias jurisprudenciales sobre la atipicidad de las conductas de autoconsumo compartido. Destacamos las siguientes reglas:

³²⁶ Suspendida de vigencia y aplicación con efectos desde la fecha de interposición del recurso –16 de marzo de 2015–, para las partes del proceso, y desde la publicación del correspondiente edicto en el «Boletín Oficial del Estado» para los terceros. por TC (Pleno) JUR\2015\106010.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- Los socios fundadores deberán ser consumidores habituales de cannabis con anterioridad al inicio de la actividad del club. (Artículo 7).
- Podrán ser socios y socias de los clubes de personas consumidoras de cannabis las personas mayores de edad que acrediten su condición de consumidores de cannabis con anterioridad a la presentación de su solicitud de ingreso. (Artículo 15).
- Los clubes de personas consumidoras de cannabis procurarán que sus integrantes de pleno derecho accedan a consumir una sustancia lo más orgánica posible y libre de adulteraciones, debiendo someterse la sustancia a los controles sanitarios que se establezcan. (Artículo 20).
- Las personas asociadas no podrán retirar más cantidad de cannabis sativa, o alguno de sus derivados o extractos, por persona y día que la establecida por la asociación, calculada según las medidas de prevención de riesgos y en función de los estándares internacionales. (Artículo 23).

A petición del Gobierno, el Tribunal Constitucional³²⁷ ha suspendido la vigencia de la norma foral navarra, por lo que estaremos a la espera de conocer el análisis de su constitucionalidad.

³²⁷ Providencia núm. 4156/2015 de 14 abril. JUR 2015\106010:

El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 14 de abril actual, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 1534-2015, promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra. Y se hace constar que por el Presidente del Gobierno se ha invocado el artículo 161.2 de la Constitución, lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación de la Ley impugnada desde la fecha de interposición del recurso –16 de marzo de 2015–, para las partes del proceso, y desde la publicación del correspondiente edicto en el «Boletín Oficial del Estado» para los terceros.

**II. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL SOBRE LAS ASOCIACIONES DE
CANNABIS.**

La propia Sentencia del Tribunal Supremo 484/2015 de 7 de septiembre, analiza en su contenido un precedente similar al estudiado sobre las asociaciones de consumidores de cannabis. Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo 1377/1997, de 17 de noviembre³²⁸. Se trataba de un asunto en el que los responsables de la asociación fueron condenados, después de haber sido absueltos por la Audiencia que había considerado que su actividad “no reunía la idoneidad necesaria para la difusión de la sustancia típica cultivada a terceros ajenos a aquellos que dominaron el hecho del cocultivo”.

Se fundamentaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 1997 en que el delito definido por las diversas acciones del art. 344 CP es un delito de peligro abstracto. Estos delitos son aquellos que incriminan conductas peligrosas según la experiencia general y que resultan punibles sin necesidad de poner concretamente en peligro el bien jurídico protegido. para decirlo con palabras de un reconocido autor: en estos delitos "la evitación de los peligros concretos y las lesiones es, por lo tanto, sólo el motivo legislativo, sin que su existencia sea un presupuesto de la tipicidad".

Desde este punto de vista, el cultivo de plantas que producen materia prima para el tráfico de drogas es un acto característicamente peligroso para la salud pública, no obstante que en el caso no se haya llegado a producir un peligro concreto. La cuestión de la idoneidad de la que se habla en la sentencia, consiguientemente, no depende de la concreción del peligro, sino exclusivamente de la abstracta adecuación al

³²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 1377/1997, de 17 de noviembre³²⁸ (RJ 1997, 8047), Ponente: Excmo Sr. Enrique Bacigalupo Zapater.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

mismo que ha establecido el legislador. De estas consideraciones se deduce que el juicio sobre la idoneidad realizado por la Audiencia es impropio de la comprobación de la tipicidad de un delito al que esta Sala en repetidas oportunidades ha considerado como un delito de peligro abstracto".

A pesar de la posición de la Fiscalía General del Estado y del precedente jurisprudencial analizado, la Audiencia Provincial de Vizcaya dictó el 16 junio la Sentencia núm. 42/2014³²⁹, en la que se absolvía³³⁰ a los promotores de una asociación de consumidores de cannabis al entender que reunía todos los requisitos jurisprudenciales exigidos para el autoconsumo compartido, Sentencia ésta que daría lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 484/2015 de 7 septiembre.

Comienza la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya que los supuestos de hecho en los que se aprecia la atipicidad de la conducta por entender que se trata de un autoconsumo compartido no son idénticos a los que se tratan en ese procedimiento, es decir, esa doctrina no ha sido construida para las asociaciones de cannabis, pero aun así, realiza una importante labor hermenéutica para su aplicación.³³¹

³²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 6ª) núm. 42/2014 el 16 junio de 2014. (JUR\2014\218388).

³³⁰ La sentencia ha de ser, pues, absolutoria. No contamos con datos suficientes que permitan inferir que el cultivo de la marihuana promovido por la asociación y la sustancia ocupada en su domicilio tuviera como destino o finalidad promover, favorecer o facilitar el consumo fuera de quienes tenían la condición de socios consumidores, actuando el colectivo y dentro de él los acusados, algunos de ellos en una función destacada en función de sus cargos, dentro de esa estructura organizada, para procurarse la cantidad precisa para sus necesidades o simplemente su voluntad de consumo. Supuestos similares han merecido la misma respuesta judicial en las resoluciones anteriormente mencionadas de esta misma Sección, en el auto 811/11, de 8 de noviembre (PROV 2012, 174618) de la Sección 2ª de esta Audiencia Provincial y también en la SAP Gipuzkoa, Secc. 1ª, 250/09, de 6 de julio.

³³¹ Afirma la Sentencia que "Ha de advertirse, sin embargo, que los supuestos que suelen englobarse bajo esta construcción jurisprudencial son, en un porcentaje muy elevado, netamente distintos del que es objeto del procedimiento. Se trata, normalmente, de un aprehensión de droga que se corresponde con un consumo esporádico o puntual acordado entre un grupo mucho más reducido de personas. La Sentencia del Tribunal Supremo 201/2009, de 6 de marzo (RJ 2009, 1142) , por ejemplo, se refiere a lo que

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

La sentencia citada reprocha al Tribunal Supremo que su formulación jurisprudencial sobre el autoconsumo compartido no están rígida como pretende hacer ver el Ministerio Fiscal, siendo “objeto en otras resoluciones de importantes matizaciones, cuando no del abandono de alguno o algunos de los requisitos que se indican, mencionando, por ejemplo, la STS 775/2004, de 14 de junio (RJ 2004, 5054).

Una de las cuestiones que analizará el Tribunal Supremo es la afirmación que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizcaya realiza respecto de que el cultivo compartido se trata de una variante del consumo compartido, y comparte con ella la misma razón de ser, la no vocación de tráfico, es la del cultivo compartido. Dice la Audiencia Provincial que no es punible el consumo personal, tampoco, evidentemente, el cultivo para consumo personal y, yendo un paso más allá, el cultivo compartido entre varias personas para su consumo personal³³².

En definitiva, si en la jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta atípico el consumo compartido, no hay razones para no llegar a la misma

considera como caso que cumple con los perfiles de esta figura: "encargo a una persona dentro de un grupo para compra droga, con previa aportación de una cantidad de dinero".

En esto puede coincidirse con el Ministerio Fiscal. Esto no quiere decir, sin embargo que no pueda coincidirse, aun en un proyecto de cultivo y de consumo de cannabis de la magnitud del investigado, en la apreciación del mismo fundamento que inspira la atipicidad en estos casos.

³³² Continua la Sentencia diciendo que “El supuesto del cultivo compartido comparte con el anterior la inexistencia de una finalidad de tráfico. No se produce el ataque al bien jurídico porque el consumo no trasciende el círculo de quienes han comprometido su voluntad y también su actividad para la participación en la plantación y en la obtención y posterior consumo del producto. Pero, además, presenta una característica peculiar que va más allá de los supuestos de autoconsumo compartido. Si éstos se caracterizaban por el consumo de la droga en un momento esporádico, en el cultivo compartido destaca la nota de permanencia, el cultivo se produce durante un período de tiempo y su producto se reparte entre los partícipes sin que, lógicamente, se produzca un consumo puntual o accidental sino dilatado o prolongado en el tiempo, con una nota de permanencia de la que carece el caso de los acopios para fiestas o celebraciones a los que nos hemos referido con anterioridad.”

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

conclusión con el cultivo compartido³³³.

Analicemos los motivos por los que entiende la Sala de la Audiencia Provincial de Bizcaya que la actividad de la asociación enjuiciada es atípica, elementos éstos a los que dará cumplida respuesta con posterioridad el Tribunal Supremo:

1. Las razones para la creación de la asociación, referidas tanto por los acusados como por la mayoría de los testigos pertenecientes a la misma, resultan plenamente razonables. Partiendo de la evidencia de la no penalización del consumo personal, ha sido referido, en primer lugar, el propósito de evitar la clandestinidad, tener que acudir al mercado ilícito, con los riesgos que ello comporta, en segundo lugar, obtener una óptima relación calidad precio y, en tercer lugar, evitar cualquier peligro para la salud que pudiera venir de la adquisición de droga contaminada, adulterada o en malas condiciones. **Se trata, en definitiva, de un acuerdo colectivo para un consumo, penalmente lícito, que evite las consecuencias indeseadas de la penalización del tráfico. Se trata de cuestiones, se insiste, a las que no puede negarse trascendencia.**

2. Puede existir, pues, espacio para actuaciones concertadas, para acuerdos colectivos, para iniciativas de un grupo de personas destinadas a procurarse la sustancia estupefaciente, tales como las que son objeto de algunas de las resoluciones que

³³³ Afirma la Sentencia que De los supuestos analizados, es, sin ninguna duda, el del cultivo compartido el más próximo al que es objeto de enjuiciamiento. Es indudable que, frente a los que usualmente son objeto de análisis en los pronunciamientos judiciales, presenta características singulares, lo que no quiere decir que no pueda llegarse a la misma conclusión de falta de relevancia penal. El funcionamiento de la asociación descrito en el relato de hechos probados pone de manifiesto un concurso de voluntades para un cultivo compartido de cuyos frutos se benefician todos los socios, si bien es cierto que, sin ninguna duda por el elevado número de éstos, se entendió preciso un soporte organizativo suficiente para garantizar el éxito de la plantación y el control y seguridad en la distribución de la marihuana.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

han sido mencionadas con anterioridad.

3. La actividad asociativa no generaba para si misma ni para ninguno de los acusados o resto de asociados, **tuvieran o no un cargo en la misma, un beneficio. No existe en absoluto ánimo de lucro, y esto es relevante**

4. La actividad de la asociación no respondía a un patrón de libre y arbitraria distribución de la marihuana cultivada. Por el contrario, tanto el cultivo como el aprovechamiento de la sustancia se encontraban sometidos a unas normas en cuanto a los requisitos de pertenencia a la asociación y el modo en el que tiene lugar la explotación y la entrega a los socios de la sustancia.

5. El hecho de que no todos los socios que aparecen como consumidores de la sustancia cuyo cultivo promovía la asociación fueran adictos, se trata de un dato que en absoluto tiene la relevancia que se le otorga a la vista del sentir de la jurisprudencia que ha sido transcrita, que anula prácticamente el requisito relativo a la condición de drogodependientes, como no podía ser de otro modo atendiendo a la experiencia común

6. Lo relevante, se reitera, es la vocación al tráfico, la finalidad de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de terceros,

7. No es razonable hacer depender la relevancia penal del hecho del número de consumidores, ni mucho menos establecer un número a partir del cual el cultivo compartido es delito. En realidad, la actividad de la asociación no supone una variación cualitativa en relación con las resoluciones absolutorias en casos de cultivo compartido a los que nos hemos referido; el único ingrediente que se modifica es el del número de consumidores.

8. Aunque no conste el grado de consumo de cada uno de

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

los socios, y que no consta que la asociación efectuara algún tipo de control en este sentido **no constituye ningún obstáculo para la absolución en los supuestos de autoconsumo compartido reconocidos jurisprudencialmente en los que resulta notorio que, no constando la drogodependencia, más fácil de acreditar, se está ante consumidores ocasionales** a los que se tiene frecuentemente por tales tan solo con la manifestación de expresar su consumo esporádico y su propósito de hacerse conjuntamente con una cantidad de droga para su consumo.

9. La explicación de la dispensación de una cantidad superior a la diaria estipulada resulta completamente razonable: consumir en el propio domicilio y evitar la presencia diaria en los locales de la asociación. Tomando este punto de partida, no se ve por qué ha de apreciarse un riesgo típico, en otras palabras, una concreción del peligro abstracto para el bien jurídico, la salud pública, por el hecho de que se sacara de la asociación una cantidad de marihuana que a nadie se le ocurriría calificar suficiente para estimar su tenencia como preordenada al tráfico.

III. ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 484/2015 DE 7 SEPTIEMBRE³³⁴.

Como ya hemos adelantado, a través de la Sentencia num. 484/2015 de 7 septiembre, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya, dictando otra en su lugar, por la que se condena a los acusados a los acusados como autores de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias

³³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 484/2015 de 7 septiembre (RJ\2015\4178) Ponente: Excmo Sr. Antonio del Moral García.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

que no causan grave daño a la salud y con la apreciación de un error vencible de prohibición³³⁵.

El fundamento jurídico décimo de la Sentencia que venimos comentando contiene un párrafo demoledor, que derrumba todos los argumentos que ofrece la Sentencia recurrida:

“La magnitud de las cantidades manejadas, el riesgo real y patente de difusión del consumo, la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de consumidores o usuarios de la sustancia, así como de controlar el destino que pudieran dar al

³³⁵ Justifica la Sentencia a aplicación del error vencible, y seleccionamos los siguientes pasajes:

Pues bien desde esta perspectiva, de existir, el error habría que adscribirlo necesariamente a la categoría del error de prohibición y no al de tipo. No se trataría solo de la creencia de estar ante un consumo *legal* en contraste con un consumo *ilegal*, que es la base de la que parte el Fiscal para reconducir el debate al error de tipo. Es otro el enfoque: creer que la notoria prohibición legal de *cultivar* y *distribuir* sustancias estupefacientes no abarca en virtud de ciertas interpretaciones judiciales las actividades de esas asociaciones si se atienen a ciertos requisitos, es estar confundido no sobre un elemento fáctico configurador de la conducta típica; ni siquiera sobre una especie de excusa absolutoria o sobre los requisitos de una "anómala" eximente. Versa el conocimiento equivocado sobre el ámbito y alcance de la prohibición.

(...)

Los recurrentes no hicieron nada por superar ese error que vamos a considerar en su beneficio como hipótesis factible. Antes bien huyeron de mecanismos (claridad en sus estatutos, por ejemplo) que habrían logrado disipar dudas, y evitar el error. Los hechos probados y la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia proporcionan base suficiente para considerar probable una creencia equivocada; pero ninguna para tildarla de inevitable.

(...)

De los acusados puede predicarse aquí ese estado de cierta duda: solo desde esa hipótesis se explican hechos como las nada inocentes ambigüedades de los Estatutos asociativos.

Los acusados ante esa situación tenían la carga (*Obliegenheit*: incumbencia) de verificar la licitud de la actividad que se proponían desplegar, de tomar conocimiento sobre si la conducta se hallaba en consonancia con el orden jurídico. El incumplimiento de esta carga tendrá como consecuencia que el autor no pueda invocar su déficit de conocimiento para fundar su irresponsabilidad penal.

No nos enfrentamos a una conducta estereotipadamente lícita socialmente. Más bien al contrario.

En otro orden de cosas no había urgencia en decidir y actuar. Era una decisión por su propia naturaleza postergable.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

cannabis sus receptores desbordan no solo los términos más literales en que se desarrolla esa doctrina (que no es lo fundamental como recuerda la sentencia de instancia atinadamente), sino sobre todo su filosofía inspiradora.”

los requisitos reiterados por el propio TS para aplicar esta doctrina, las posibilidades de ser proyectada a iniciativas asociativas como la ahora analizada son muy escasas. Ni en su fundamento ni en sus requisitos pormenorizados puede servir esa doctrina de cobertura para iniciativas asociativas de distribución del cannabis.

Estamos ante una actividad nada espontánea, sino preconcebida y diseñada para ponerse al servicio de un grupo que no puede considerarse “reducido” y que permanece abierto a nuevas y sucesivas incorporaciones.

Tratemos de enumerar los motivos por los que la Sala Segunda del Tribunal Supremo entiende que la actividad de la asociación no puede ser considerada como de consumo compartido ni como de cultivo compartido:

- Uno de los requisitos exigidos para considerar la atipicidad del consumo compartido, es la **exclusión de actividades de almacenamiento masivo**, germen, entre otros, de ese "peligro" que quiere desterrar el legislador.
- Se hace por todo ello muy difícil admitir que no se considere favorecimiento del consumo la apertura de una asociación a un **número indiscriminado de socios**.
- Ningún pronunciamiento jurisprudencial, ni aun los más flexibles, han amparado el aprovechamiento colectivo de una plantación fuera de los estrictos términos antes expuestos.
- Hay conductas ilícitas –el cultivo de estas sustancias lo es siempre que no se cuente con la debida autorización (art. 8.1

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

de la Ley 17/1967)-, que pueden quedar fuera del ámbito de lo punible en esta como en tantas otras materias aunque de de la falta de trascendencia penal no puede derivarse sin más la conformidad con el ordenamiento jurídico.

- Traspasa las fronteras penales la conducta concretada en organizar un sistema de cultivo, acopio, o adquisición de marihuana o cualquier otra droga tóxica o estupefaciente o sustancia psicotrópica con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas.

- **Es indiferente la presencia o no de ánimo de lucro;** como lo es la difusión efectiva o, ni siquiera, el ánimo de difundir, a personas diferentes a sus socios.

- Carece de consecuencias penales que las cantidades dispensadas no sobrepasasen las marcadas por socio y por periodo

Resulta de especial interés cómo la Sentencia, a pesar de entender que estas asociaciones muy difícilmente pueden respetar las exigencias del consumo compartido como causa de atipicidad, abre la puerta a la aplicación de esta doctrina a los supuestos de agrupaciones de personas para el cultivo de marihuana destinada exclusivamente al consumo de los componentes del grupo, y ofrece unos parámetros orientativos a considerar: *“Desde esas premisas son indicadores que favorecerán la apreciación de la atipicidad el reducido número de personas que se agrupan informalmente con esa finalidad, el carácter cerrado del círculo, sus vínculos y relaciones que permiten conocerse entre sí y conocer sus hábitos de consumo y además alcanzar la certeza más allá del mero compromiso formal exteriorizado, de que el producto se destina en exclusiva a ese consumo individual de quienes se han agrupado, con la razonable convicción de que nadie va a proceder a una redistribución o*

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

comercialización por su cuenta, los hábitos de consumo en recinto cerrado. Quedaría definitivamente ratificada esa estimación, aunque no sea este dato imprescindible, si el cultivo compartido va seguido de un consumo compartido. La ausencia de cualquier vestigio de espíritu comercial u obtención de ganancias por alguno o por varios; la absoluta espontaneidad y por supuesto voluntad libre e iniciativa propia de quienes se agrupan, (lo que permite excluir los supuestos en que se admite a un menor de edad que carecerá de madurez para que su consentimiento en materia perjudicial para la salud como ésta pueda considerarse absolutamente informado y por tanto libre) son otros factores de ponderación”

Continúa la Sentencia ofreciendo otros elementos a tener en cuenta como *“el número poco abultado de los ya consumidores de cannabis concertados, que adoptan ese acuerdo de consumo; el encapsulamiento de la actividad en ese grupo (lo que no excluye una adhesión posterior individualizada y personalizada de alguno o algunos más nunca colectiva ni fruto de actuaciones de proselitismo, propaganda o captación de nuevos integrantes); así como la ausencia de toda publicidad, ostentación -consumo en lugares cerrados- o trivialización -tal conducta, siendo atípica, no dejará de ser ilícita-, ayudarán a afirmar esa atipicidad por asimilación al cultivo al servicio exclusivo del propio consumo”*.

Será uno de los Votos particulares³³⁶ que contiene la Sentencia, el que proponga las características que deben tener las asociaciones podrán acogerse A la doctrina del consumo compartido. Así, encontrarán amparo en esta doctrina:

1. Aquellas agrupaciones constituidas para evitar el

³³⁶ Voto particular que formula el magistrado excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, al que se adhieren en su totalidad el excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García y la excma. Sra. D^a Ana Ferrer García, y parcialmente, el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, en la Sentencia dictada por el pleno de esta sala en el recurso de casación núm. 1765/2014, nº de Sentencia 484/2015, de fecha 7 de septiembre de 2015, sobre tipicidad de las asociaciones de cultivo compartido de cannabis

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

recurso al tráfico ilícito como vía de autosuministro, que reúnan a quienes fuesen previamente consumidores habituales, siempre mayores de edad y en pleno uso de sus facultades, estableciendo un período de carencia prolongado desde la incorporación a la agrupación a la adquisición del derecho a compartir la sustancia, para evitar el favorecimiento del consumo ilegal por terceros que se incorporen ocasionalmente para el consumo inmediato.

2. Aquellos supuestos en los que el consumo se lleve a cabo exclusivamente en el interior de la agrupación, es decir “en lugar cerrado”, como exige la doctrina del consumo compartido. La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del consumo y la posibilidad de compartir, comerciar o difundir la sustancia que se entregue para consumir fuera a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados.

3. Aquellos supuestos en que se circunscriba el consumo a un grupo reducido de adictos, identificables y determinados, por lo que estas agrupaciones no deberían sobrepasar un número limitado de miembros, que en ningún caso debería exceder de la treintena.

4. Aquellas agrupaciones que suministren a sus miembros cantidades que no rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato, sin superar el consumo diario.

Indica este voto particular que el autocultivo debería, en consecuencia, limitarse a una producción que no supere el consumo previsible del número reducido de miembros que integren la agrupación, quedando excluido el ánimo de lucro pues los socios únicamente pueden compartir los gastos.

**III.3 EL ESTADO DE NECESIDAD OBJETIVO JUSTIFICANTE EN
EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS**

**A. EL ESTADO DE NECESIDAD: BREVE REFERENCIA A LA
PONDERACIÓN DE INTERESES EN CONFLICTO.**

No existe en nuestro Código Penal una definición legal de estado de necesidad. Lo que si hay es un acuerdo en considerar que consiste en una situación de tal índole que no hay otra opción que lesionar un bien jurídico de otra persona (o infringir un deber) o sufrir la destrucción de un bien jurídico propio. Otra de las definiciones que pueden desprenderse de la norma es la de contexto de conflicto entre bienes jurídicos, cuya solución sólo puede alcanzarse mediante el sacrificio o menoscabo de uno de ellos³³⁷. Así la salvación de uno de los bienes enfrentados sólo puede verificarse mediante la lesión o la puesta en peligro del otro bien jurídico.

El mal causado ha de estar tipificado en el Código penal, ya que de otro modo no tendría sentido hablar de una eximente. La situación debe ser tal que de no concurrir las circunstancias previstas, se consideraría antijurídica la realización del mal en que se resuelve el estado de necesidad³³⁸.

Como se ha señalado, la apreciación del estado de necesidad supone un conflicto entre bienes jurídicos. Estos bienes jurídicos que entran en colisión pueden ser del mismo o de desigual valor, pero como exige el precepto, solo puede dar lugar a esta exención, el supuesto en el que el mal producido sea igual o inferior que el que se trata de evitar. No se trata de una ponderación de rango o jerarquía de los bienes jurídicos implicados, sino de la comparación valorativa de los males enfrentados.

³³⁷ MORALES PRATS Fermín, Manual de Derecho Penal, Aranzadi, 2ª edición, 2000

³³⁸ RODRIGUEZ DEVESA José María, Derecho Penal Español, parte General, 2ª edición, Madrid, 1971

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

La ponderación de tales bienes se ha de hacer acudiendo primero a un proceso abstracto en el que se tome en consideración la naturaleza misma del interés jurídico que se trata de salvar con el sacrificio de otro, y segundo, atendiendo a la índole concreta del peligro que surge en la colisión con el bien jurídico que se sacrifica. Así, la ponderación de estos intereses ha de verificarse con criterios valorativos jurídicos atentos a los distintos perfiles del mismo.

Advierte CEREZO, que la comparación de males puede ser insuficiente, llegando incluso a soluciones indeseables³³⁹, por lo que el conflicto de intereses en que consiste el estado de necesidad reclama un juicio de ponderación de intereses constitucionalmente orientado. Señala asimismo, que no es posible otorgar licitud a conductas que suponen un grave atentado a la dignidad de la persona humana. Para CEREZO el principio de dignidad humana debe desempeñar un papel corrector de las soluciones en sede de estado de necesidad. El principio de dignidad de la persona se trata de un principio general con rango constitucional en el que fundamenta el sistema de valores y derechos fundamentales expresados por la Constitución.

B. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA SITUACIÓN DE ESTADO DE NECESIDAD EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

a) El estado de necesidad: generalidades

El artículo 20.5 del Código penal exige que en el estado de necesidad concurren los requisitos siguientes: 1º Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; 2º Que la situación de necesidad

³³⁹ Se refiere al autor al ejemplo en el que el cirujano extrae a una persona sana un riñón, sin su consentimiento, para que otro colega pueda realizar un trasplante con el fin de salvar la vida a un paciente.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; 3º Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Nuestro código penal exige antes de establecer los citados requisitos que exista un verdadero estado de necesidad, es decir, una situación acuciante de conflicto entre dos bienes jurídicos que además requiera de modo inevitable para su resolución la lesión o puesta en peligro de uno de ellos. Ello implica la imposibilidad de acudir a otros medios para remediar la situación que padece el sujeto y el consiguiente criterio subsidiario en la apreciación de la eximente³⁴⁰.

El mal causado no debe ser mayor que el que se trate de evitar. Ha de concurrir un mal que la jurisprudencia exige que sea real y efectivo; grave, atendida la importancia de los bienes amenazados; inminente, siempre que el alejamiento en el tiempo pueda suponer posibilidad de precaver el mal al bien mayor sin necesidad de tener que conculcar el menor, y sobre todo, proporcionado a la situación, es decir, que el mal que se cause no sea mayor que el que se trata de impedir³⁴¹.

También se exige para la apreciación de esta eximente que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. La intencionalidad a la que se refiere el precepto debe ser interpretada como provocación dolosa con inclusión de todas las formas dolosas de conducta. Por ello, son compatibles aquellas situaciones de necesidad nacidas de conductas fortuitas o culposas del sujeto.

Por último, el artículo 20.5 del Código penal requiere que exista una ausencia de obligación de sacrificio por razón del oficio o cargo. El precepto alude a obligaciones jurídicas que derivan de determinadas

³⁴⁰ (Sentencia del Tribunal Supremo 23 de octubre de 1995 o ATS de 8 de mayo de 1996).

³⁴¹ (Sentencia del Tribunal SupremoS 22 de abril de 1983, 30 de octubre de 1994, 9 de junio de 1995)

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

profesiones o cargos, en las que son inherentes riesgos a su propia lógica de ejercicio.

b) El estado de necesidad en el delito de tráfico de drogas

La jurisprudencia ha sido, y es, muy contraria como se ha dicho, a la hora de apreciar el estado de necesidad como eximente completa en el delito de tráfico de drogas, al tratarse en la mayoría de los casos de un estado de necesidad de tipo económico. Para ello los requisitos que exige el Código penal se interpretan de una forma más estricta y añade 2 requisitos³⁴²: la excepcionalidad, en la que en estos supuestos de hecho habrá de extremarse la exigencia de la acreditación del estado de necesidad actual e inminente de la persona, y la inevitabilidad como la imposibilidad de resolver la situación de necesidad por otros cauces legítimos.

Las Sentencias de 29 de mayo de 1997 (RJ 1997\4137), 14 de octubre de 1996 (RJ 1996\7574), 23 enero (RJ 1998\52), 9 y 27 abril 1998 (RJ 1998\4134) y 20 mayo 1999 (RJ 1999\3381), siguiendo lo ya señalado por la Sentencia de 5 de noviembre de 1994 (RJ 1994\9366), tras exponer los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente, explican lo siguiente:

1º La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno.

³⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1994

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

2º El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa.

3º Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna.

4º En la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente³⁴³. Realmente es una cuestión en la que ha de procederse con extremada cautela. Mas en cualquier caso, frente a unos hipotéticos males físicos o frente a una grave situación económica, no se pueden contraponer, como excusa, los gravísimos perjuicios que a la masa social se le irrogan con el tráfico de estupefacientes (ver la Sentencia de 14 de octubre de 1996 [RJ 1996\7574]), tales son la ruina personal, económica y social que con el tráfico se ocasiona a tantas personas. En consecuencia, no puede estimarse como circunstancia atenuatoria ni eximente de estado de necesidad para efectuar un viaje con la finalidad de transportar droga, el mero hecho de encontrarse en una situación económica deficiente, circunstancia que, lamentablemente, puede afectar a una generalidad de personas, que trate, sin embargo, de subsanarla por otros medios de carácter más lícitos –cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 julio 1999 (RJ 1999\5634)–».

³⁴³ “El agotamiento de las vías legítimas no debe interpretarse en términos de virtualidad absoluta, sino que dicha exigencia ha de atemperarse en sintonía con las especiales circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la situación concreta en que se encuentra el sujeto e instrumentos de que dispone” Sentencia del Tribunal Supremo 27 de marzo de 1998 (RJ 1998\2972).

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

La penuria económica solo integrará estado de necesidad, cuando determine la pérdida, falta o disminución de bienes básicos, como alimentos, vivienda, asistencia médica, según la STribunal Supremo 615/1998 de 14-12 (RJ 1998\10346).

Por último, especifica la jurisprudencia, que la estimación del estado de necesidad debe suponer siempre la consideración de una última «ratio» como forma de solucionar o paliar, al menos, un acuciante y grave problema que, por sus caracteres e inminencia, no permite dilaciones o aplazamientos en su solución³⁴⁴.

C. LA PONDERACIÓN DE INTERESES EN CONFLICTO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

Recordamos que el Código Penal exige que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Ha de concurrir, por tanto, un mal que la jurisprudencia exige que sea: real y efectivo; grave, atendida la importancia de los bienes amenazados; inminente, siempre que el alejamiento en el tiempo pueda suponer posibilidad de precaver el mal al bien mayor sin necesidad de tener que conculcar el menor, y, sobre todo, proporcionado a la situación, es decir, que el mal que se cause no sea mayor que el que se trata de impedir.

Resulta compleja la ponderación de males cuando de lo que se trata es de comparar intereses de naturaleza heterogénea y en especial cuando alguno de los intereses en juego es de carácter colectivo o institucional. Así, en esta materia no pueden establecerse reglas apriorísticas generales y absolutas. De cualquier manera, la jurisprudencia suele mostrarse restrictiva en los supuestos en que procede la

³⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1354/1999 (Sala de lo Penal), de 1 octubre - RJ 1999\7596 - Ponente: Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

ponderación de intereses heterogéneos y se hallan involucrados intereses institucionales o colectivos.

El Tribunal Supremo ha apreciado la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de estado de necesidad en el delito de tráfico de drogas en muy escasas ocasiones. En la mayor parte de estos casos en los que se ha planteado el estado de necesidad en el tráfico de drogas, el conflicto de intereses se ha centrado en la pugna entre la salud pública abstractamente considerada y la vida humana.

No ha sido uniforme nuestra jurisprudencia a la hora de valorar los intereses en conflicto, dando primacía en algunas resoluciones a la salud pública frente a la vida humana, en otros casos equiparándolos y en alguna ocasión sobreponiendo la vida humana a la salud pública. Estos son algunos ejemplos³⁴⁵:

En la Sentencia del Tribunal Supremo 1957/2001 de 26 de octubre (RJ 2001/9086), un ciudadano boliviano, había sido detenido en el aeropuerto procedente de vuelo internacional, portando en el interior de su organismo 618,5 g de cocaína. Asimismo, el acusado tenía un hijo nacido en 1985 con cuadro patológico de meninges (meningioma) en cerebro, que necesitaba de intervención quirúrgica a la mayor brevedad posible, ascendiendo el importe de ésta a 9.000 dólares, cantidad solicitada en préstamo por el acusado y denegada por entidad crediticia. En esta sentencia el conflicto entre la salud pública y la vida se resuelve dando preferencia al primero de ellos:

“la mayor gravedad del ataque a la salud pública que el tráfico de drogas pueda representar en comparación con el mal que para otro bien jurídico personal del sujeto se quiere evitar, es obstáculo para la

³⁴⁵ Estos ejemplos han sido extraídos del artículo *Traficar con drogas por necesidad: vida humana versus salud pública* de Jesús ARILLA PLATERO, Boletín Aranzadi Penal núm. 3/2002, Marzo de 2002.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

estimación de la eximente completa pero no para la apreciación de la incompleta si concurren los elementos integradores del estado de necesidad entendiendo como conflicto entre dos bienes en el que uno inevitablemente se ha de sacrificar para la salvaguardia del otro”.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 1652/2000, de 30 de octubre (RJ 2000/9536), resulta probado que la acusada fue detenida en el aeropuerto procedente de Bogotá, portando 804,8 g de cocaína. La acusada realizó el viaje «... impulsada por una situación familiar grave, sin posibilidad de solucionar, debido a su situación económica. Huérfana de padre y madre desde corta edad, trabajaba en su país, Colombia, desde la infancia, en casa de unos amigos que la recogieron, quedando embarazada de un miembro de ésta, quien la abandonó después de tener a su hijo, sin encontrar trabajo, su hijo padece desde pocos meses de su existencia enfermedad respiratoria, que se le complicó con problemas de laringe y de adenoides, con caída progresiva hacia debajo de los labios, de forma prominente el inferior, que necesitaba de urgente operación quirúrgica, sin que haya podido hacer frente a ella, para lo cual realizó el viaje a España en las circunstancias descritas». Pues bien, en esta Sentencia el conflicto vida humana – salud pública es resuelto por el Tribunal Supremo equiparando ambos bienes jurídicos:

“Hubo un mal actual e inminente, que era el que amenazaba a la salud del hijo de Sandra Isabel. Para evitar el mal era necesario llevar a efecto la acción delictiva de tráfico de drogas, para conseguir el dinero preciso para pagar la intervención quirúrgica. Se cumplió el requisito de la inevitabilidad, aunque no se acreditase de forma total el agotamiento de todos los medios precisos para remediar el mal antes de entrar en la actuación delictiva. El mal que se trataba de evitar, salvar la vida o la salud de una persona, podía considerarse de nivel equiparable al mal consiguiente al delito de tráfico de drogas.”

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

La Sentencia del Tribunal Supremo 1186/1994, de 8 de Junio (RJ 1994/4544), en la que el acusado trataba de introducir en España, procedente de Bolivia, 295 g de cocaína para sufragar gastos de operación quirúrgica de hija. El acusado vino a Madrid con la cocaína en 1 de mayo de 1993 y su hija moría, ya detenido en esta capital, el 28 de mayo del mismo año, tras cinco meses de hospitalización de aquélla. En esta ocasión el Tribunal Supremo se decanta por la superioridad de la vida humana frente a la salud pública.

“...mal en todo caso de extrema gravedad puesto que afecta a la vida, bien constitucionalmente protegido como de máxima prioridad valorativa (art. 15 de la Constitución Española), que cotejada con el mal que pudo causarle con el tráfico de drogas clandestinamente importadas, no parece que éste sea de superior rango, puesto que el cotejo se realiza entre un delito de lesión de la vida, de superior protección en la escala valorativa, con el daño potencial (riesgo corrido) que sólo excepcionalmente afecta a la vida misma.”

Pero no siempre la pugna entre intereses o bienes jurídicos ha sido entre la salud pública y la vida humana. Son numerosos los casos en los que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la ponderación entre la salud pública y la mala situación económica³⁴⁶. En estos casos, la jurisprudencia se ha mostrado tajante a la hora de apreciar la eximente de estado de necesidad. El Tribunal Supremo a asentado la idea de que frente a unos hipotéticos males físicos o una grave situación económica, no se pueden contraponer, como excusa, los gravísimos perjuicios que a la masa social se le irrogan con el tráfico de estupefacientes; tales son la

³⁴⁶ En los casos en los que la ponderación de intereses se ha realizado con la vida humana como bien jurídico a proteger, también estamos ante un supuesto de estrechez económica ante el que se acude al tráfico de drogas como medio para superarla.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

ruina personal, económica y social que con el tráfico se ocasiona a tantas personas³⁴⁷.

Resulta curiosa la distinción que hace nuestro Tribunal Supremo entre drogas que causan grave daño a la salud (drogas duras), y drogas que no son consideradas como causantes de grave daño a la salud (drogas blandas), a la hora de establecer los criterios para realizar una ponderación de bienes o intereses para la apreciación de la eximente de estado de necesidad.

Así, la Sentencia de 23 de enero de 1998 (RJ 1998\52), declaró que el tráfico de drogas, especialmente si se trata de las calificadas como “duras”, constituye actualmente uno de los más graves males sociales, en razón a las gravísimas consecuencias que su consumo está causando en la sociedad moderna, llevando a la ruina personal, económica y social a un elevado número de personas y originando por tanto situaciones gravísimas de penuria económica, de aumento de la delincuencia, de enfermedades irreversibles y, en fin, de rupturas familiares, sociales y profesionales³⁴⁸.

La Sentencia de 5 de octubre de 1998 (RJ 1998\7107) destaca lo siguiente:

“ no cabe duda alguna que el tráfico de drogas como la heroína y la cocaína con las que traficaba la acusada constituyen actualmente uno de los males sociales más graves, en razón a las gravísimas consecuencias que su consumo ocasiona, consecuencias que abarcan un amplio espectro, ...La desproporción entre los intereses enfrentados en el caso de autos se muestra tan evidente y abrumadora que no precisa de mayores

³⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 729/1996 (Sala de lo Penal), de 14 octubre - RJ 1996\7574, Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis, entre otras.

³⁴⁸ En este mismo sentido las Sentencias de 22 de junio (RJ 1999\5829) y 11 de octubre de 1999 (RJ 1999\7028).

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

comentarios para poner de manifiesto la primacía que ha de otorgarse a la salud colectiva sobre una particular situación de dificultad económica como la que se describe en la sentencia...”

Igualmente curioso parece el hecho de que a pesar de hacer una especial distinción entre drogas duras y blandas, no se conoce ninguna sentencia en la que se aprecie por el juzgador la situación de estado de necesidad por entender que se trata de tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud.

Pero no toda la jurisprudencia ha renunciado a admitir el estado de necesidad por mala situación económica, afirmando en la Sentencia de 13 de septiembre de 1999 (RJ 1997\7189) que la estrechez económica permite, por sí, acudir al estado de necesidad. Pero la propia jurisprudencia matiza los términos en los que debe admitirse la estrechez económica como fundamento para apreciar el estado de necesidad. Para ello Para tener alguna efectividad la precariedad económica en este ámbito, ha de ser real, efectiva y grave. Grave por la naturaleza de los bienes jurídicos amenazados. Grave por la importancia del mal que se avecina como inminente³⁴⁹. La situación desempleo, sin otras connotaciones (enfermedad, riesgo de pérdida de vivienda, subsidio de paro, gestiones para nuevas colocaciones, posibilidades económicas futuras, indemnizaciones por despido, y un largo etcétera), no explica ni supone por sí sólo una relación carencial 0en términos tales que origine un conflicto actual e inminente³⁵⁰.

³⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo 1992 -RJ1992\3696- Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz

³⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991 – RJ 1991\3002- Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

**D. LA APRECIACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA
MODIFICATIVA DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE ESTADO DE
NECESIDAD EN EL TRÁFICO DE DROGAS**

i. COMO EXIMENTE COMPLETA

Como ya se ha apuntado, son escasas las sentencias del Tribunal Supremo en las que se ha admitido el estado de necesidad como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal en el delito de tráfico de drogas. Esta apreciación se hace más excepcional al apreciar dicha circunstancia como eximente completa, siendo contadas las ocasiones en las que se ha pronunciado favorablemente.

En este sentido, podemos destacar la sentencia 1415/1997, de 24 de noviembre (RJ 1997\8933) en la que se confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de septiembre de 1995. En esta sentencia, la acusada recibió el aviso de su hermano de que si no incluía entre las ropas que habían de llevarle a la prisión una papelina de heroína que le facilitaría un amigo suyo, se quitaría la vida. amenaza, seria y creíble a juicio del juzgador ya que viene avalada por lo que, al menos en apariencia, son dos intentos previos de suicidio.

Se admite en esta resolución el estado de necesidad como eximente completa reconociendo que el mal que se intenta evitar es la lesión (definitiva) del mayor bien jurídico existente, cual es la vida humana; o al menos, creación de un peligro, sin que se produzca un resultado de lesión ni quepa presumir que se hubiera producido aunque el delito hubiera llegado a la fase de agotamiento. Por ello, la vida del hermano de la acusada, es un bien muy superior a aquel que trata de salvaguardar el precepto del artículo 344 del ACódigo Penal en supuesto cual el contemplado, hacer llegar a manos de aquél una ínfima cantidad de heroína.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Ya en el ámbito de la Audiencia Provincial, podemos señalar la Sentencia núm. 266/1997 de la Audiencia Provincial de Madrid (ARP 1997/788). En esta sentencia, un enfermo de SIDA sin medios económicos acepta introducir en España cocaína bajo la promesa de que le sería pagado el tratamiento médico que requería.

Afirma la Sala, que es perfectamente plausible que la aceptación del acusado a la propuesta recibida se hubiera producido al considerar que ésta era, en ese momento, para él, en términos prácticos, la única salida. Por ello, acepta la Audiencia la apreciación de la eximente de estado de necesidad ya que el acusado trató con su conducta evitar un mal actual, gravísimo y cierto, para su propia vida, bien objetivamente superior en este caso.

También la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha estimado como completa la eximente de estado de necesidad en el tráfico de drogas. Una muestra de ello, lo encontramos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 266/1997, de 19 de mayo (ARP 1997/788), en la que el acusado padecía sida en estado avanzado, sufría una fuerte depresión y había aceptado transportar 1.525 g. De cocaína desde Venezuela a España bajo la promesa de que sería pagado en este país el tratamiento que precisaba, ya que en su nación de origen ello no está financiado por la sanidad pública y carecía de medios para procurárselo. La Sala justifica tal apreciación en que “es verdad que generando un riesgo abstracto para terceros, trató el acusado con su conducta evitar un mal actual, gravísimo y cierto, para su propia vida, bien objetivamente superior en este caso”.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

ii. COMO EXIMENTE INCOMPLETA

De las ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha apreciado la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de estado de necesidad, la mayoría han sido como eximente incompleta.

La excepcional línea jurisprudencial que admite el estado de necesidad como semieximente la sienta la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1994, en un supuesto en que necesitaba el acusado apremiantemente dinero para sufragar los gastos de una intervención quirúrgica imprescindible para salvar la vida de un hijo y “acudió a la vía ilícita del tráfico de drogas como medio apto para conseguir el efectivo metálico necesario para costear la operación”.

El mal originador del estado de necesidad puede irse produciendo poco a poco, es decir, fraguándose con el tiempo, aunque en esa evolución ha de llegar un momento en que se produzca un agobio tal que hace inminente remediarla (Sentencia del Tribunal Supremo 667/1996 de 8-10 [RJ 1996\7136]).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁵¹ ha considerado que el estado de necesidad integra semieximente cuando el mal causado por el delito es mínimamente menor que el que se trata de evitar y se aprecia en la situación del agente comisor una necesidad muy poderosa para realizar la acción.

También se ha admitido por el Tribunal Supremo la semieximente de estado de necesidad cuando no consta que el comisor del delito hubiese agotado previamente todos los medios de que disponía para remediar el mal que le amenazaba y que trató de evitar mediante la perpetración de la infracción punitiva³⁵².

³⁵¹ (Sentencia del Tribunal Supremo 667/1996 de 28-10 [RJ 1996\7136], 1157/1998 de 5-10 [RJ 1998\7107] y 1248/1998 de 20-10 [RJ 1998\8097])

³⁵² (SS. de 8-6-1994 (RJ 1994\4544) y de 23-10-1995 (RJ 1995\8008)).

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Excepcionalmente, se ha admitido el estado de necesidad como semieximente en el supuesto del que necesitaba apremiantemente dinero para sufragar los gastos de una intervención quirúrgica, imprescindible para salvar la vida de su hijo, y acudía para tratar de conseguir dinero al tráfico de drogas³⁵³.

Especialmente ilustrativa resulta la Sentencia de 8 de Junio de 1994 (RJ 1994 4544), en la que el Tribunal Supremo analiza los criterios para la apreciación de la semieximente de estado de necesidad en el tráfico de drogas, considerando los requisitos básicos del estado de necesidad, ponderando los bienes en juego e incluso yendo más allá de los elementos objetivos introduciendo como elemento a valorar el estado psicológico del sujeto agente.

En este caso, el sujeto acude al tráfico de drogas ante la necesidad de conseguir dinero para sufragar los gastos de una intervención quirúrgica, imprescindible para salvar la vida de su hijo. Nuestro Tribunal Supremos ha entendido que estamos ante un caso evidente de ayuda necesaria englobado por nuestro Código dentro del estado de necesidad cuando habla de «evitar un mal propio o ajeno».

Reconoce el juzgador que no concurre plenamente el acto necesitado de manera absoluta, de manera objetiva, pero añade que o desde el punto de vista psicológico del agente que, ha de ser impulsado en su obrar, impulso que en doctrina recibe el nombre de *animus conservationis*.

Más abundante es la jurisprudencia menor al encontrar pronunciamientos que aprecien la eximente de estado de necesidad de modo incompleto. La justificación de tal apreciación la encontraremos en

³⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1186/1994 (Sala de lo Penal), de 8 junio - RJ 1994\4544- Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Díaz Palos.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

todos los casos en la pugna entre la salud pública y la vida humana. Ejemplos los encontramos en las siguientes sentencias:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 9/2000, de 16 de marzo (ARP 2000\1064). Se fundamenta en la existencia de una situación personal y familiar limiten la que esposa e hija que padecen graves enfermedades, necesitando la primera intervención quirúrgica urgente y de elevado coste, unido a situación de desempleo que impide obtener un crédito bancario.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 58/2001, de 6 de junio (JUR 2001\304651), en el supuesto de un correo de droga procedente de Colombia en situación de desempleo, viviendo de alquiler, con la esposa embarazada con embarazo de alto riesgo con continua atención médica.

La sentencia de la Audiencia provincial de Madrid núm. 71/2001, de 23 de febrero (JUR 2001\138388), en la que se aprecia la semieximente de estado de necesidad al demostrar el acusado la necesidad de intervenir quirúrgicamente a uno de los hijos.

Nuestra jurisprudencia no ha admitido el estado de necesidad incompleta cuando el elemento que falta es el estado de necesidad, pero se ha aplicado otra vía que va a conducir a un mismo resultado que la apreciación de la eximente incompleta: el error sobre la existencia del estado de necesidad. El Tribunal Supremo aprecia dicho error en la sentencia núm. 1576/2001 de 29 de noviembre, en el supuesto en el que el hijo del acusado de tres años de edad padecía una enfermedad llamada de «Von Willebrand», que supone una deficiencia de coagulación, requiriéndose transfusiones sanguíneas periódicas, seguimiento médico permanente y hospitalizaciones en ocasiones. El acusado carecía de seguro médico y se hallaba endeudado a causa del tratamiento, siendo su intención destinar el dinero obtenido por el traslado de droga desde Colombia hasta España.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

III.COMO ATENUANTE ANALÓGICA

Sin perjuicio de lo ya comentado en el epígrafe dedicado a la atenuante analógica en conexión con la eximente incompleta de estado de necesidad en la donación de drogas por familiares o allegados a drogodependientes para paliar el síndrome de abstinencia, reiteramos que también ha apreciado nuestra jurisprudencia la atenuación por analogía de estado de necesidad en el tráfico de drogas en alguna ocasión y lo ha hecho sobre la base sentada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo en la estimación de una atenuante analógica de una eximente incompleta³⁵⁴. Tal es la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1121/1997 de 18 de septiembre (RJ 1997/7707), en la que se constata la condición de antiguo toxicómano del esposo de la acusada, siendo ello lo que impulsó a la misma a llevarle a la prisión la pequeña cantidad de heroína que le fue ocupada en afán de satisfacer sus más o menos perentorias necesidades. No existen los datos precisos para apreciar, siquiera en grado de incompleta, la eximente de estado de necesidad, mas no cabe duda que la actuación de la acusada tuvo una motivación humanitaria dirigiendo su acción -en su sentir y pensar- hacia la evitación de un mal ajeno que si bien podía ser paliado de otros modos, para la inculpada se ofreció éste como más expeditivo, aun a costa de lesionar un bien jurídico digno de apreciación³⁵⁵.

En cambio, ante supuestos semejantes al anteriormente mencionado, la jurisprudencia ha resuelto de forma estimativa no ya la apreciación de atenuante analógica de la eximente incompleta de estado de necesidad, sino sobre la atipicidad de la conducta. Así, en la Sentencia de 14 de julio de 1997 (RJ 1997/5591), se confirma la Sentencia de

³⁵⁴ (Sentencias de 27 abril 1990 [RJ 1990\3348] y 16 septiembre y 28 octubre 1991 [RJ 1991\6386]).

³⁵⁵ En el mismo sentido aprecia el TS la atenuante analógica pero de parentesco las Sentencias de 6 de octubre de 1993 (RJ 1993/7291), de 4 de julio de 1997 (RJ 1997/5554), de 18 de mayo de 1997 (1997/4022), entre otras.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

instancia de la Audiencia Provincial de Oviedo, en la que se afirma que los hechos carecen de tipicidad penal por no existir el peligro que caracteriza la acción que integra este tipo de delitos, por lo que faltaría el sustrato de la antijuricidad del acto como sucede cuando se demuestra que la entrega de la droga va dirigida a una persona concreta que es consumidora inveterada y que el exclusivo propósito que anima al autor o autora del hecho, es el de evitarle los sufrimientos y angustias que genera el síndrome de abstinencia, lo que excluye también el elemento culpabilístico necesario para la existencia del delito.

Afirma la sentencia del Tribunal supremo de 16 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6617), que en los supuestos en los que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabituación, o a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, movidos pues de un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no puede llegarse al delito si de ninguna forma se potencien los actos o los verbos contenidos en el artículo 344 del Código³⁵⁶.

³⁵⁶ En este sentido también las Sentencias de 28 de octubre de 1996 (RJ 1996/8569), de 25 de enero de 1996 (RJ 1996/296), de 22 de enero de 1997 (RJ 1997/1271).

IV.- CONCLUSIONES

- A. GENERALIDADES SOBRE LA TESIS
- B. SOBRE LAS DIFICULTADES DE DETERMINAR EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS.
- C. SOBRE LA INDETERMINACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS EN EL TRÁFICO DE DROGAS.
- D. SOBRE LA DIFÍCIL PRUEBA DE LA INTENCIÓN CON LA QUE SE POSEE LA DROGA
- E. SOBRE LAS CAUSAS DE ATIPICIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.
- F. SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS EN EL DELITO DEL TRÁFICO DE DROGAS. EL NUEVO PÁRRAFO SEGUNDO DEL ART. 368 DEL CÓDIGO PENAL

A. GENERALIDADES SOBRE LA TESIS

Existen numerosas obras que tienen como objeto el estudio del delito de tráfico de drogas, pero pocas se han dedicado a analizar el delito desde una perspectiva práctica, con un estudio jurisprudencial de distintos aspectos. Nosotros hemos elegido las doctrinas jurisprudenciales que más polémica o más inseguridad jurídica producen en la práctica, debido a la existencia de varias líneas, a veces contradictorias.

La complejidad del trabajo reside en la laboriosidad que supone el estudio de más de 3 décadas de jurisprudencia sobre cuestiones determinadas, con unas importantes variaciones en el tiempo, y con múltiples excepciones en su aplicación.

La abundante jurisprudencia emanada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en materia de tráfico de drogas, lejos de dar seguridad jurídica y cumplir con esa función nomofiláctica que le corresponde como Tribunal de Casación, viene produciendo un efecto desconcertante al establecerse sobre los mismas cuestiones distintas doctrinas, con tantas

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

excepciones, en ocasiones contradictorias. A través de una selección de cuestiones especialmente problemáticas en la jurisprudencia hemos intentado conocer sus orígenes, su evolución y la tendencia actual en su aplicación.

Por otro lado, los tipos penales en el delito de tráfico de drogas contienen una redacción extremadamente abierta, incluyendo números conceptos indeterminados, e incluso llegando a considerarse por la doctrina una ley penal en blanco. Hemos analizado también cómo se integran esos conceptos jurídicos y ese afán por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo por convertirse en un “falso legislador” a través de los Plenos no Jurisdiccionales. Resulta de interés elaborar un cuerpo jurisprudencial sobre algunas de las cuestiones más polémicas en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Es precisamente el gran número de resoluciones dictadas por la Sala en materia de tráfico de drogas lo que, a nuestro juicio, hace aconsejable una organización y sistematización de su jurisprudencia en torno a las cuestiones que hemos planteando en el presente trabajo de investigación.

B. SOBRE LAS DIFICULTADES DE DETERMINAR EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS.

Ante un Estado en cuya sociedad circulan drogas consideradas permitidas y otras catalogadas como de ilícitas, elaborar una teoría mínimamente rigurosa sobre el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas resulta sumamente complicado.

Y ya veíamos cómo si el bien jurídico protegido es la salud pública, ya sea entendida como la salud individual u optemos por entender que lo que se protege es la salud colectiva, la circulación en el mercado legal de determinadas sustancias también consideradas como “droga” nos impide

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

realmente afirmar con rigor que la preocupación real del legislador sea la salud pública.

Cuando hablamos de esas sustancias de tráfico legal, nos referimos al tabaco y al alcohol, consideradas drogas, y cuyo consumo está arraigado en las costumbres de las sociedades occidentales. De hecho, llama la atención que encontremos en el alcohol una mayor nocividad que en otras sustancias, como por ejemplo en la marihuana, droga considerada de tráfico ilícito.

Por ello, me he permitido citar otras resoluciones que no se limitan a afirmar que la salud es el bien jurídico protegido, sino que completan la definición aclarando que **se agrede el bien jurídico cuando se realizan conductas que ponen en peligro las exigencias de sanidad establecidas. Es decir**, “El bien jurídico protegido en el tipo penal radica en las condiciones establecidas por la autoridad sanitaria para alcanzar una salud pública idónea según las exigencias sociales”.

Pero desde luego me parece muchísimo más acertada la definición que realiza la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 444/2005, de 24 de abril sobre el bien jurídico a proteger, aclarando que lo que el legislador ha querido impedir no son estos daños individuales, que hubiera podido alcanzar con el tipo penal de las lesiones, sino algo distinto. Añade la Sentencia algo sumamente importante y es que **“la finalidad de la norma es la interdicción de la difusión de drogas que tienen un efecto social grave.”**

Esta última aclaración que realiza la citada Sentencia nos va a servir para entender la presencia que tiene el consumo de drogas, no sólo en lo que a la afección de la salud se refiere, sino también en el resto de bienes jurídicos que se protegen en otros tipos delictivos. Es de destacar la influencia que tiene el consumo de drogas en la mayoría de los delitos, y sobre todo en los de violencia en el ámbito doméstico, en los delitos contra el patrimonio, o en los delitos contra la seguridad vial.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Y volviendo al tema de la discriminación que hace nuestra norma penal entre sustancias objeto de delito y las de tráfico y consumo legal, a pesar de que según criterios científicos presenten igual o mayor nocividad para la salud, solo desde la **teoría de la adecuación**³⁵⁷ podremos aceptar tal distinción: «los tipos deben interpretarse de tal modo que sólo encaje en ellos la conducta socialmente inadecuada»³⁵⁸.

Si alguna afirmación contundente podemos afirmar en el presente trabajo, es que el consumo de drogas como el alcohol o el tabaco está socialmente aceptado a pesar de la nocividad para la salud y el efecto que produce en la sociedad su consumo.

Veamos el siguiente cuadro estadístico que nos ofrece el Observatorio Español de la Droga y las Toxicomanías³⁵⁹

³⁵⁷ La tesis central consiste en afirmar que «quedan fuera del concepto de injusto todas aquellas acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden históricamente constituido», siendo estas acciones «socialmente adecuadas», entendidas como el «significado social» de un comportamiento de no estar prohibido». CANCIO MELIÀ, Manuel. La teoría de la adecuación social en Welzel . ADPCP, Fasc. II, 1993, pág. 699

³⁵⁸ ROXIN, Derecho Penal, Parte general. ED Civitas 1997, pág. 294

³⁵⁹ ESTADÍSTICAS 2013 Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España, Observatorio Español de la Droga y las Toxicomanías

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Prevalencia de consumo de drogas alguna vez en la vida en la población de 15-64 años (porcentajes). España, 1995-2011.

	1995	1997	1999	2001	2003	2005	2007	2009	2011
Tabaco	–	69,7	64,9	68,4	68,9	69,5	68,5	75,0	71,7
Alcohol	–	90,6	87,3	89,0	88,6	93,7	88,0	94,2	90,9
Cánnabis	14,5	22,9	19,6	23,8	29,0	28,6	27,3	32,1	27,4
Éxtasis	2,0	2,5	2,4	4,0	4,6	4,4	4,3	4,9	3,6
Alucinógenos	2,1	2,9	1,9	2,8	3,0	3,4	3,8	3,7	2,9
Anfetaminas/speed	2,3	2,7	2,2	2,9	3,2	3,4	3,8	3,7	3,3
Cocaína en polvo	3,4	3,4	3,1	4,8	5,9	7,0	8,0	10,2	8,8
Cocaína base	0,3	0,4	0,4	0,5	0,5	0,6	1,8	0,9	0,9
Cocaína (polvo y/o base)	–	–	–	–	–	–	8,3	10,2	8,8
Heroína	0,8	0,6	0,5	0,6	0,9	0,7	0,8	0,6	0,6
Inhalables volátiles	0,7	0,8	0,6	0,8	1,0	0,8	1,1	0,6	0,8
Tranquilizantes (con/sin receta)	–	–	–	–	–	7,0	13,0	11,0	17,1
Somníferos (con/sin receta)	–	–	–	–	–	4,6	6,0	6,3	7,9
Hipnosedantes* (con/sin receta)	–	–	–	–	–	8,7	15,4	13,4	19,5

* Incluye tranquilizantes y/o somníferos.

FUENTE: OEDT. Encuesta sobre alcohol y drogas en España (EDADES).

Apreciamos como según el estudio que ofrece el Observatorio Español de la Droga y las Toxicomanías, más del 90% de los españoles ha tomado alcohol alguna vez y más del 71% ha consumido tabaco.

Otros datos interesantes nos lo proporciona también el Observatorio Español de la Droga y las Toxicomanías en el mismo informe, analizando la *“proporción de la población española de 15 a 54 años que piensa que cada conducta de consumo puede producir bastantes o muchos problemas”*.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Conductas	Porcentaje
Tomarse 5 o 6 cañas/copas el fin de semana	49,3
Tomar tranquilizantes/sedantes o somníferos 1 vez o menos al mes	62,5
Fumar hachís o marihuana 1 vez o menos al mes	69,4
Probar cocaína 1 o 2 veces en su vida	76,5
Probar éxtasis, 1 o 2 veces en su vida	78,2
Tomar tranquilizantes/sedantes o somníferos 1 vez por semana o más	79,9
Fumar hachís o marihuana 1 vez por semana o más	85,5
Fumar un paquete de tabaco diario	89,1
Tomarse 5 o 6 cañas/copas cada día	91,7
Probar cocaína en forma de base o crack 1 o 2 veces en su vida	91,8
Consumir cocaína 1 vez o menos al mes	94,5
Consumir éxtasis 1 vez o menos al mes	95,4
Consumir alucinógenos (ácidos, triplis, LSD) 1 vez o menos al mes	96,6
Consumir GHB o éxtasis líquido 1 vez o menos al mes	97,8
Consumir heroína 1 vez o menos al mes	98,0
Consumir éxtasis 1 vez por semana o más	98,9
Consumir cocaína 1 vez por semana o más	99,1
Consumir GHB o éxtasis líquido 1 vez por semana o más	99,4
Consumir heroína 1 vez por semana o más	99,6

* % válidos calculados sobre los casos con información, eliminando los casos Ns/Nc

FUENTE: OEDT. Encuesta sobre alcohol y drogas en España (EDADES)

En este cuadro estadístico se aprecia como en una proporción que no alcanza a la mitad de la población española piensa que el consumo de alcohol puede ocasionar problemas, frente a un casi 100% de la población que asocia los problemas derivados del consumo de drogas a otras sustancias como la cocaína, la heroína o el éxtasis líquido.

Esta percepción de la sociedad choca con la realidad de los hechos, ya que estas son las estadísticas que ofrece el INE sobre condenas en el año 2013.

Estadística de condenados: Adultos. Año 2013

Resultados Nacionales

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

Delitos según tipo

Unidades: valores absolutos

17. Contra la seguridad colectiva	114.95 1
17.1. Delitos riesgo catastrófico	19
17.2. De los incendios	220
17.3. Contra la salud pública	13.441
17.4 .Contra la seguridad vial	101.27 1

Dentro de las condenas por delitos contra la seguridad colectiva, es en los delitos contra la seguridad vial, delitos en los que la amplia mayoría de las condenas son por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, donde se produce el mayor número de condenas.

**C. SOBRE LA INDETERMINACIÓN DE LOS CONCEPTOS
JURÍDICOS EN EL TRÁFICO DE DROGAS.**

¿Es droga a los efectos del art. 368 del Código Penal toda sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno de acuerdo con la definición del Diccionario de la RAE? Parece evidente que no. Será punible el tráfico de sólo aquellas sustancias que hayan sido catalogadas como ilícitas en los Tratados

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Internacionales asumidos por España o nuestra normativa interna, según la línea jurisprudencial más seguida.

El problema que se plantea es la proliferación de nuevos tipos de sustancias que no se van incluyendo con posterioridad a las listas que ofrecen los anexos del Convenio de Viena de 1971, cuestión ésta que a través de la fórmula de la remisión a las mismas no se resuelve.

Tras diversas líneas jurisprudenciales, encuentro suficiente la reciente ***Sentencia del Tribunal Supremo núm. 713/2013 de 24 septiembre***, que en un párrafo zanja la discusión, mostrando el parecer de la Sala Segunda afirmando que “en nuestro sistema jurídico no ofrece un concepto jurídico penal de droga y sigue un criterio enumerativo por remisión a los Convenios Internacionales suscritos por España y publicados en el Boletín Oficial del Estado – art. 96 de la Constitución – utilizando el sistema de listas o la determinación por Orden Ministerial del Departamento de Sanidad y Consumo que califica una concreta sustancia de psicotrópica o estupefaciente (STS 378/2006 de 31 de marzo (RJ 2006, 2324)). Por ello la norma del artículo 368 del Código Penal ha de integrarse por remisión a esas disposiciones extrapenales, **sin que puedan considerarse típica, sin quebranto del principio de legalidad, los comportamientos en aquella norma penal definidos por el mero hecho de que la sustancia se considere tóxica. Basta recordar a tal efecto los ejemplos del tabaco o el alcohol”**

Merece especial crítica el uso abusivo de conceptos jurídicos indeterminados en la regulación penal del tráfico de drogas que no sólo a través de la integración normativa se va completando, sino que hace preciso un esfuerzo unificador de criterios por parte de nuestros Tribunales que no siempre se consigue.

El Tribunal Supremo ha acudido a los Acuerdos de Pleno no Jurisdiccional para establecer unos criterios unificados que a lo largo de los años han cobrado una importancia determinante en el delito de tráfico

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

de drogas. Polémica aparte ha suscitado el valor vinculante de estos acuerdos en un amplio sector de la doctrina³⁶⁰. El propio Tribunal Supremo ha otorgado a los acuerdos del Pleno no jurisdiccional carácter vinculante, pero lo hizo a través de otro acuerdo por el que se decía que “*Los acuerdos de la Sala General (Pleno no jurisdiccional) son vinculantes*”. **Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 18 de julio de 2006.**

El art. 369 del Código Penal incorpora una modalidad agravada de tráfico de drogas, si concurre “notoria importancia”. Para entender qué es notoria importancia, en fecha 19 de octubre de 2001 se acuerda lo siguiente:

*La agravante específica de cantidad de **notoria importancia** de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, prevista en el número 3º del artículo 369 del código penal, se determina a partir de las **quinientas dosis referidas al consumo diario** que aparece actualizado en el informe del instituto nacional de toxicología de 18 de octubre de 2001.*

2. Para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia se mantendrá el criterio seguido por esta sala de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados.

3. No procederá la revisión de las sentencias firmes, sin perjuicio de que se informen favorablemente las solicitudes del indulto para que las condenas se correspondan a lo que resulta del presente acuerdo.

³⁶⁰ Analiza la vinculación de los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli, ¿SON VINCULANTES LOS ACUERDOS DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA SEGUNDA DEL TS? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECEP 10-02-08

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

4. Para facilitar la aplicación de esta agravante específica, según lo acordado, **se acompaña un cuadro -sobre la base del remitido por el instituto nacional de toxicología-** en el que se determinan las cantidades que resultan de las quinientas dosis, atendido el consumo diario estimado, de acuerdo con el informe de dicho instituto.

Otro ejemplo de integración de los tipos a través de los acuerdos de los Plenos no Jurisdiccionales de la Sala Penal del Tribunal Supremo es la definición de la agravante del art. 370 del Código Penal de “extrema gravedad”. Mediante Acuerdo de 25 de noviembre de 2008 se establece que *“La aplicación de la agravación del art. 370.3 del C.P., referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una **cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia.**”*

Y en ese mismo acuerdo también se define lo que debemos considerar como buque: *“A los efectos del art. 370.3 del CP, no cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de “buque”. La agravación está reservada para aquellas embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Por tanto, quedan excluidas de ese concepto, con carácter general, las lanchas motoras, planeadoras para efectuar travesías de cierta entidad.”*

La distinción entre lo que debemos considerar droga que causa grave daño a la salud, y que droga no lo causa, ha sido puesta por el Tribunal Supremo en manos de unos criterios científicos: *la mayor nocividad de las llamadas “drogas duras”, se caracteriza por los siguientes efectos: produce tolerancia, es decir, mayor dosificación, en su uso continuado para conseguir similares efectos; ocasionan dependencia o*

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

adición física y psíquica; la letalidad del producto con bajas dosis, de modo que el uso inadecuado o abusivo pueda producir, incluso por accidente, la muerte por sobredosis».

A sensu contrario, se debería afirmar que las «drogas blandas» serían aquéllas que no produzcan tolerancia, ni dependencia o adición física o psíquica, ni sean letales en bajas dosis.

D. SOBRE LA DIFÍCIL PRUEBA DEL ÁNIMO DEL POSEEDOR DE DRGOA.

He considerado oportuno realizar una mención al elemento subjetivo del tipo en el delito de tráfico de drogas porque sólo a través de su estudio podremos interpretar la conducta típica consistente en la posesión destinada a la preordenación del tráfico.

Y claro, si la mera posesión es un hecho atípico, se preguntaba la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/1984 “¿cómo se pasará de la posesión impune a la posesión típica?, ¿cómo se completará el ánimo de transmitir cuando no ha mediado aún transmisión efectiva a terceros? desde luego, será necesario acudir a presunciones para obtener la voluntad real del poseedor”. Se equivoca la circular cuando hace una remisión a las presunciones para adivinar la intencionalidad con la que se posee una droga, ya que la única presunción que puede operar en derecho penal es la presunción de inocencia, y cualquier interpretación que quepa realizarse a una determinada conducta se hará “pro reo”.

Quizá lo que quiso decir, y así lo hace la jurisprudencia más moderna, es que debemos acudir a la prueba de los indicios, y a partir de allí realizar un juicio de inferencia sobre el móvil de la posesión de drogas.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Y lo hemos dicho, lo primero que debemos analizar es la cantidad de droga, que si excede del acopio considerado por el Tribunal Supremo como de autoconsumo, cabrá deducir con mayor facilidad que la posesión de drogas estaba preordenada al tráfico.

E. SOBRE LAS CAUSAS DE ATIPICIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

La primera causa de exclusión de la tipicidad que he analizado en este trabajo ha sido la aplicación del **principio de insignificancia** ha sido frecuente su aplicación en los delitos contra la salud pública «cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuricidad material por **falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo**». **(Sentencia Del Tribunal Supremo Núm. 1081/2009 De 11 Noviembre [Rj 2009, 7882]).**

El parámetro actualmente utilizado desde el año 2004 para determinar la irrelevancia en la transmisión de una sustancia ha sido el de la dosis mínima psicoactiva.

Una vez fijada por el Tribunal Supremo la irrelevancia de los actos de tráfico de aquellas sustancias que no superen la dosis mínima psicoactiva, en la actualidad los problemas que se han presentado en la aplicación de la teoría de la insignificancia tienen que ver con una cuestión procedimental como es la forma de determinación de la dosis mínima psicoactiva: nos referimos a **la prueba pericial**.

Una alegación muy recurrente por parte de las defensas en los recursos de casación, es la relativa a que no se han alcanzado las dosis mínimas psicoactivas, por lo que el hecho debería ser atípico, y por lo tanto impune. Existe una copiosa jurisprudencia en esta materia, y en concreto la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2013 se

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

ocupa de la misma desde la perspectiva del margen de error, diciendo que **el mismo se calcula sobre el resultado final obtenido y no sobre el índice de porcentaje**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2013 señala que el margen de error que suelen contener los informes periciales de análisis de las sustancias, situado habitualmente en un "más/menos 5%", se ha de interpretar en favor del reo. Pero ese margen de error, rectamente entendido, se refiere al porcentaje mismo de pureza, opera sobre él y no sobre el 100% de la sustancia. Es un margen de error referido directamente a la riqueza ya especificada y no al total. Por ello, habrá que reducir del tanto por ciento fijado pericialmente, la cantidad resultante de multiplicar ese porcentaje por 0,05.

Después de muchas vacilaciones jurisprudenciales acerca de las consecuencias de la falta de un informe pericial que determine la clase y cantidad de droga incautada, la Sentencia del Tribunal Supremo) 43/2015 de 9 febrero (RJ 2015, 526), reitera que "la imposibilidad de analizar la droga no impide que se pueda acreditar su composición y peso aproximado por otros medios probatorios. Como indicó la Sentencia del Tribunal Supremo 832/2007 de 5 de octubre (RJ 2007, 8269), "la droga, es cierto, constituye uno de los elementos del tipo objetivo previsto en el artículo 368 del Código Penal.

Sin embargo, su existencia no siempre tiene que estar acreditada mediante un acto específico de intervención. No existe un catálogo cerrado de medios probatorios con idoneidad para acreditar la existencia del objeto del delito".

Otras formas consideradas atípicas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo son la posesión, que he comentado al mencionar el elemento subjetivo del tipo, **el consumo compartido y la donación compasiva.**

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

A través de la elaboración de estas teorías jurisprudenciales sobre la atipicidad de determinadas conductas, el Tribunal Supremo pretende mitigar el rigor punitivo de actos que a veces se encuentran alejados de esa posibilidad de atentar o poner el peligro la salud pública. En otras ocasiones, se pretende por parte de la Sala II del Tribunal Supremo alcanzar una mejor y más acertada individualización de la pena, no llegando a declarar la falta de tipicidad de la conducta pero sí partiendo del “númerus apertus” en la apreciación de circunstancias atenuantes.

De entre los supuestos de transmisión de drogas impune (no de posesión), quizá el más apreciado por el Tribunal Supremo haya sido la donación de **drogas a drogodependientes**, y en concreto, en la introducción de droga en centros penitenciarios.

El fundamento de la atipicidad radica en la falta de riesgo de la salud pública cuando se suministra droga a una persona allegada de inmediato un síndrome de abstinencia o evitar riesgos de un consumo clandestino en malas condiciones de salubridad.

Aunque en una primera etapa la jurisprudencia consideró típica cualquier forma de donación de droga, en cualquier supuesto, lo que sí es cierto es que tuvo claro que no podría aplicarse en estos casos la agravante prevista en el art. 369 del Código Penal de introducción en un Centro Penitenciario al no existir ánimo de difundir.

Pero en aplicación de esta doctrina nos veremos en ocasiones con situaciones de difícil explicación, ya que habrán actos de transmisión de droga que se considerarán atípicos, y otros de mera posesión que se castigarán tras una valoración indiciaria sobre el destino que el auto de habría dado.

Entre la condena y la absolución de este tipo de acciones, también la jurisprudencia ha intentado rebajar el reproche penal que merecen estas conductas de donación compasiva con la aplicación de atenuantes

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

como la circunstancia mixta de parentesco, la atenuante por analogía de eximente incompleta de estado de necesidad a la que hemos dedicado un capítulo completo, y en alguna ocasión la atenuante analógica de miedo insuperable o de estado pasional.

Y en los mismos motivos se fundamenta la atipicidad de la conducta en el **consumo compartido de drogas**, al tratarse de una modalidad de consumo entre adictos en el que se descarta la posibilidad de transmisión a terceras personas, en el que no existe contraprestación y en el que se consume inmediatamente a la recepción en el lugar señalado para el consumo de todos.

Hace pocas semanas hemos conocido una importante Sentencia, en la que se analiza la legalidad penal de las Asociaciones de Consumidores de Cannabis. En esa Sentencia se plasma toda la doctrina jurisprudencial entorno a la atipicidad del consumo compartido fijando el fundamento de la misma, al tratarse de una doctrina “desarrollada por el espíritu innovador de esta Sala hace dos décadas, viene a mitigar la desmesurada amplitud que alcanzaría el tipo penal en caso de no ser interpretado en función de las necesidades estrictas de tutela del bien jurídico protegido, la salud pública. Los comportamientos típicos deben ser los idóneos para perjudicar la salud pública porque promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, objetivo o finalidad que debe estar presente en todas las acciones que se incluyen en el tipo, incluida la posesión, el cultivo e incluso la elaboración o el tráfico, pues ni el tráfico legal, en el ámbito farmacéutico por ejemplo, ni el cultivo con fines de investigación o consumo propio, constituyen conductas idóneas para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal por terceros, y en consecuencia no están abarcados por el amplio espectro de conductas que entran en el radio de acción del precepto. **Sentencia núm. 484/2015 de 7 septiembre**

Hemos dedicado un epígrafe completo al estudio de esta Sentencia

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

por tres motivos: se fijan definitivamente los criterios sobre la doctrina de la atipicidad del consumo compartido, se declaran delictivas las conductas de quienes crean, dirigen o promueven las asociaciones de consumidores de cannabis al considerar que se trata de un supuesto de consumo compartido, y porque también se abren las puertas a la legalidad de este tipo de asociaciones, enumerando cuáles son esos requisitos que tendrían que respetar para que su actividad sea considerada atípica. A este respecto, y a nuestro juicio, más que la propia Sentencia, han sido los Votos particulares que se contienen, los que han ofrecido lo que entiendo, son las bases de la futura legalización de las asociaciones de consumidores de cannabis, o como se estudia en el supuesto de la Sentencia comentada, de cultivo de marihuana para su consumo.

El motivo cuarto del Voto Particular del Magistrado Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, reconoce que “El establecimiento de requisitos precisos para delimitar las conductas típicas en normas que definen comportamientos demasiado abiertos, forma parte de la práctica habitual de esta Sala. La evolución y adaptación del derecho a los cambios sociales, también. Buen ejemplo de ello lo constituye precisamente la doctrina de la atipicidad del consumo compartido, que ahora es necesario adaptar, en las nuevas circunstancias sociales, a la multiplicación de agrupaciones de consumidores de cannabis, estableciendo con claridad cuando pueden actuar al amparo de la doctrina jurisprudencial del consumo compartido.”

F. SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS EN EL DELITO DEL TRÁFICO DE DROGAS.

Resulta imposible hacer un estudio del delito de tráfico de drogas en el Código Penal Español y no hacer una mención a la proporcionalidad de las penas previstas, mejor, la desproporcionalidad.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

Por ese motivo, he considerado relevante analizar el nuevo subtipo atenuado introducido por la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal. A través de esa norma se introduce un precepto que posibilita a los Jueces y Tribunales ofrecer una mejor individualización, y sobre todo, una respuesta penal más proporcionada a determinadas conductas, como la prototípica de este precepto que es la del consumidor traficante que trafica con drogas para procurarse su propio consumo. Pero entiendo que este supuesto que acabo de mencionar ya podía encontrar respuesta a través del art. 376 del Código Penal, en cuyo párrafo segundo se prevee la posibilidad de imponer la pena inferior en uno o dos grados cuando el reo siendo drogodependiente en el momento de la comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas no fuese de notoria importancia o extrema gravedad. Ahora bien, aunque el precepto exige la finalización con éxito un tratamiento de deshabituación, la rebaja puede alcanzar hasta los 2 grados.

Pero el precepto introducido en el art. 369 del Código penal obliga a analizar 2 parámetros: la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del delincuente.

Algo llamativo en la doctrina jurisprudencial que se ha consolidado sobre este subtipo atenuado es que aunque se trata de un supuesto de discrecionalidad reglada, el Tribunal Supremo exige de forma preceptiva su aplicación cuando concurren los requisitos establecidos en su jurisprudencia.

Pero la desproporcionalidad en las penas no se acaba con la introducción de este subtipo privilegiado, ya que las distintas penas previstas para las drogas que causan grave a la salud y drogas que no causan grave a la salud en ocasiones nos conduce a situaciones de verdadera injusticia. Y quienes por motivos profesionales frecuentamos las prisiones, nos vemos en la tesitura de tener dotar de comprensibilidad a

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

supuestos como el de aquel que por la transmisión de una papelina de cocaína o heroína en cantidad por debajo de un gramo puede ser condenado a una pena de prisión que va desde los 3 a los 6 años de prisión, y comparte celda con quien participó en el traslado de 2.000 kg de hachís, y se enfrentará a una pena que va desde los 3 a los 4 años y 6 meses de prisión.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

LA SALUD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2000
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2003 - (RJ 2003, 7467)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 16627/2003, de 2 de diciembre - (RJ 2003/9400)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2004
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 221/2004, de 20 de febrero - (RJ 2004, 1110)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2004
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 298/2004, de 24 de abril - (RJ 2681/2004)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2004 - (RJ 2004, 3044)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2004
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2004
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2004
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2004 - (RJ 2005, 828)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 444/2005, de 24 de abril - (RJ 2005/3888)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2006
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 456/2006, de 24 de abril - (RJ 2006/4707)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 154/2007, de 1 de marzo - (RJ 2007/4713)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 890/2014, de 23 de diciembre - (RJ 2014/6645)

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS: ERROR DE TIPO Y TEORÍA DE LA IGNORANCIA DELIBERADA

EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO

- Sentencia del Tribunal Supremo , de 2 de febrero de 1989 - (RJ 1989/1338)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2107/1992, de 1 de octubre - (RJ 1992/8093)
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de julio de 1993 – (RJ 1993/6354)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2015/1993, de 16 de septiembre - (RJ 1993/6695)
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 2000 – (RJ 2000/8098)

EL ERROR DE TIPO EN LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 mayo de 1976 - (RJ 1976\2281)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 mayo de 1982 - (RJ 1982\2707)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 octubre de 1983 - (RJ 1983\4733)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 diciembre de 1985 - (RJ 1985\5993)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1985 - (RJ 1985\6264)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril de 1986 - (RJ 1986\1955)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 noviembre de 1990 - (RJ 1990\9061)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 527/1993, de 10 marzo - (RJ 1993\2133)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 528/1993, de 12 marzo - (RJ 1993\2179)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1992
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 julio de 1993 - (RJ 1993\5876)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 septiembre de 1993 - (RJ 1993\6777)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1994
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 marzo de 1994 - (RJ 1994\2327)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 709/1994, de 28 de marzo – (RJ 1994/2604)
- Sentencia del Tribunal Supremo , núm. 1346/1994, de 27 de junio – (RJ 1994/5036)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 junio de 1994 - (RJ 1994\2319)

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 558/1994, de 11 de septiembre - (RJ 1996/6514)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2133/1994, de 9 de diciembre - (RJ 1994/9803)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 abril de 1995 - (RJ 1995\3529)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 592/1995, de 29 de abril - (RJ 1995/3540)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 noviembre de 1995 - (RJ 1995\8318)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1346/1994, de 11 de septiembre - (RJ 1996/6514)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 558/1996, de 11 de septiembre - (RJ 1999/828)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1018/1996 de 16 de diciembre - (RJ 1996/9660)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1388/1997, de 10 de noviembre - (RJ 1997/8033)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1288/2000, de 18 de julio - (RJ 2000/7461)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2014

TEORÍA DE LA IGNORANCIA DELIBERADA EN EL TRÁFICO DE DROGAS

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1637/1999, de 10 de enero - (RJ 2000\433)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 946/02, de 22 de mayo - (RJ 2002\7488)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 - (RJ 2003\5161)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 465/2005, de 14 de abril - (RJ 2005\4357)
- Auto del Tribunal Supremo núm. 465/2005, de 14 de abril - (JUR 2006\292567)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1410/2005, de 30 de noviembre - (RJ 2006\506)
- Auto del Tribunal Supremo núm. 1617/2006, de 15 de junio – (JUR 2006\201864)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2006 - (RJ 2006, 8412)
- Auto del Tribunal Supremo núm. 2281/2006 de 25 de octubre de 2006

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 129/2011, de 10 de marzo – RJ 2011\2645
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 718/2012 de 2 de octubre – (RJ 2012\9458)

CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE DROGA

EL CONCEPTO DE DROGA. EL ART. 368 CÓDIGO PENAL COMO LEY PENAL EN BLANCO

- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1974
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 febrero de 1974 – (RJ 1974\855)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1974
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 marzo de 1975 – (RJ 1975\864)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1975
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1975
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 mayo de 1975 – (RJ 1975\2289)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 junio de 1975 – (RJ 1975\2784)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1978
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 noviembre de 1978 – (RJ 1978\3746)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1980 – (RJ 1980\1801)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1981
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal), de 30 de septiembre de 1981 – (RJ 1981\3414)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal), de 30 septiembre 1981 – (RJ 1981\3412)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 junio de 1981 – (RJ 1981\2623)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 marzo de 1984 – (RJ 1984\1849)
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 3/1988, de 21 de enero – (RTC 1988, 3)
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 127/1990 – (RTC 1990, 127)
- Sentencia del Tribunal Supremo , de 27 septiembre 1991 –(RJ 1991\6590)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 octubre 1991 – (RJ 1991\7354)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2014/1992, de 28 septiembre – (RJ 1992\7465)
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 118/1992 - (RTC 1992\118)
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 111/1993 – (RTC 1993\111)

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1994 - (RJ 1994/4509)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1655/1994, de 27 de Septiembre – (RJ 1995/1415)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1995
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1995
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1995
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 849/1995, de 7 julio - (RJ 1995\5389)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1995
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1995 - (RJ 1995\8318)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 febrero de 1996 – (RJ 1996\795)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 558/1996, de 11 septiembre – (RJ 1996\6514)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 223/1997, de 18 marzo – (RJ 1997\1693)
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 120/1998 – (RTC 1998, 120)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 80/1999, de 27 de enero – (RJ 1999/828)
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 363/2001, de 7 marzo – (RJ 2001\1252)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1224/2004, de 15 de diciembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño núm. 149/2006, de 8 de septiembre - (JUR 2007, 251966)
- Auto del Tribunal Supremo núm. 1218/2010, de 10 de junio - (JUR 2010, 256503)
- Auto de la Audiencia Provincial de Murcia sección 3ª, núm. 444/2010, de 20 de septiembre - (JUR 2010, 354785)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 221/2011, de 29 de marzo - (RJ 2011, 3035)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid sección 7ª, núm. 56/2013 de 10 de mayo (ARP 2013, 669)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 429/2014 de 21 de mayo – (RJ 2014/3329)

DROGAS QUE CAUSAN GRAVE DAÑO A LA SALUD Y DROGAS QUE NO CAUSAN GRAVE DAÑO A LA SALUD

- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1984
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1991
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1991

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 octubre 1991 – (RJ 1991\7354)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1992
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1993
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1993
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1994 -(RJ 1994/679)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1996 - (RJ 1996/73)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1996 - (RJ 1996/2461)
- Sentencia del Tribunal Supremo 25 de marzo de 1996
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1996
- Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Segunda) de 23 de marzo de 1998
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1999
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1486/1999, de 25 de octubre
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2000
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2001
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2002
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2002
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2002
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2002
- Sentencia del Tribunal Supremo 1224/2004

EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA

EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA EN EL TRÁFICO DE DROGAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 octubre de 1973 – (RJ 1973\4008)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1236/1993 de 29 de mayo -(RJ 1993/4282)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Septiembre de 1994 - (RJ 1994, 7204)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 abril de 1995 – (RJ 1995\2877)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1996
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 772/1996, de 18 de octubre - (RJ 1996/8569)
- Sentencia del Tribunal Supremo 9 de septiembre de 2000
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2000

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1889/2000, de 11 de diciembre - (RJ 2000, 10149)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1370/2001 - (RJ 2001, 7040)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2002
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1081/2009, de 11 de diciembre - (RJ 7882/2011)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 640/2009 de 10 junio
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 374/2011, de 10 de mayo - (RJ 2011/3741)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 890/2014, de 23 de diciembre (RJ 6645/2012)

***LA DOSIS MÍNIMA PSICOACTIVA COMO PRESUPUESTO OBJETIVO PARA LA
DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO PUNITIVO EN EL TRÁFICO DE DROGAS***

- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1996
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1701/2000
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1889/2000, de 11 de diciembre de 2000
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1944/00
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001 - (RJ 2001, 7040)
- Sentencia de Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2001
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2001
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1981/02 - (RJ 2003, 927)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm.887/2003, de 13 de junio- (RJ 2003/5871)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 358/2003, de 16 de junio- (RJ 2003/4356)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 954/2003, de 20 de junio- (RJ 2003/6013)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 901/2003, de 21 de junio
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1281/2003 de 5 de septiembre - (RJ 2003/7656)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1663/2003, de 5 de diciembre
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1023/2002, de 19 de enero de 2004
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1982/2002, de 28 de enero de 2004
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2164/2004, de 20 de febrero
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 221/2004, de 20 de febrero
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 298/2004, de 13 de marzo

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1081/2009, de 11 de diciembre - (RJ 7882/2011)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 111/2014, de 3 de febrero - (RJ 2767/2014)

REACCIONES EN TORNO A UNA TEORÍA JURISPRUDENCIAL BASADA EN LA DOSIS MÍNIMA PSICOACTIVA

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 314/2003, de 7 de febrero
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 74/2004, de 30 de enero
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1569/2004, de 21 de diciembre
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1451/2004, de 2 de diciembre
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 0002/2005, de 10 de enero
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 166/2005, de 7 de febrero
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 191/2005, de 16 de febrero
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 235/2005, de 24 de febrero

POSESIÓN Y AUTOCONSUMO

CONCEPTO

- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1988 - (RJ 1988\5309)]
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 274/1992, de 20 mayo – (RJ 1992\4191)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1038/1996, de 20 mayo – (RJ 1996\9498)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 461/1997, de 12 de abril – (RJ 1997/2806)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1167/1999, de 6 julio – (RJ 1999/6201)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 281/2003, de 20 mayo – (RJ 2003/7213)

CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS A LA DROGA OCUPADA: SU CANTIDAD, VARIEDAD, PUREZA Y PRESENTACIÓN

- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1986 – (RJ 1986/3143)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1988 – (RJ 1988/4582)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1989 - (RJ 1989\82)

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1989 – (RJ 1989/1536)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1989 - (RJ 1989\4214)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1989 - (RJ 1989\8649)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1989 – (RJ 1989/794)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1990
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1991 - (RJ 1991\740)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1995
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 108/1996, de 9 de febrero – (RJ 1996/835)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3/1997, de 17 enero – (RJ 1997/56)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1167/1999, de 6 julio – (RJ 1999/6201)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1778/2000 de 21 de noviembre- (RJ 2000/9551)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 502/2004 de 15 abril – (RJ 2013\7083)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 927/2004 de 14 julio
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1008/2004 de 22 septiembre
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1087/2004 de 27 septiembre
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 80/2005 de 28 de enero - (RJ 2005/1742)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 680/2006 de 23 de junio – (RJ 2006/5560)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1052/2006 de 23 de octubre – (RJ 2006/9367)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 749/2007 de 19 septiembre – (RJ 2007\885)
- Sentencia del Tribunal Supremo 4839/2007
- Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio y 281/2003, 1 de octubre
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 650/2013 de 29 de mayo – (RJ 2013\7083)

CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS A LA OCUPACIÓN

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 872/2004 de 5 de julio
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1008/2004 de 23 de octubre
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 80/2005 de 28 de enero – (RJ 2005/1742)

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

**CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DEL NUEVO TIPO ATENUADO PREVISTO EN EL ART.
368 PÁRRAFO 2º DEL CÓDIGO PENAL**

ORIGEN Y MOTIVACIÓN DE LA REFORMA

- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Enero de 2011
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 652/2012, de 30 de julio - (RJ 2003/8633)

REQUISITOS PARA SU APRECIACIÓN

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 927/2004, de 14 de julio - (RJ 2004, 4208)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 480/2009, de 22 de mayo - (RJ 2010, 662)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2010
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 32/2011 de 18 de enero
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 32/2011, de 25 de enero - (RJ 2011/314)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 79/2011 de 15 de febrero
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 103/2011, de 17 de febrero (RJ 2011/1957)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 76/2011, de 13 de junio - (RJ 2011/1957)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 38/2012, de 2 de febrero
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 86/2012, de 15 de febrero
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 111/2012, de 6 de marzo
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 323/2012, de 19 de abril
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 49/2012, también de 2 de febrero
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 52/2012, también de 2 de febrero
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 506/2012 de 11 de junio
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 652/2012, de 27 de julio - (RJ 2012/8404)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 705/2012 de 27 de septiembre
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 738/2012, de 8 de octubre - (RJ 2012/9093)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 869/2012 de 31 de octubre – (RJ 2013/1447)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 873/2012 de 5 de noviembre
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 270/2013 de 5 de abril
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 653/2013 de 27 de julio

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL CULPABLE

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 927/2004, de 14 de julio
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 32/2011, de 25 de enero- (RJ 2011/314)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 103/2011 , de 17 de febrero- (RJ 2011/1957)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 274/2011, de 13 de abril (RJ 2011/3343)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 914/2011 de 20 de julio- (RJ 2011/6169)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 921/2011, de 16 de septiembre (RJ 2011/6595)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1359/2011, de 15 de diciembre
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 738/2012 , de 8 de octubre
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 270/2013 de 5 de abril
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 653/2013 de 27 de julio

RESUMEN DE LOS PARÁMETROS EXIGIDOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO PARA LA APRECIACIÓN DEL SUBTIPO ATENUADO

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 873/2012 de 5 de noviembre

SOBRE LA CONCURRENCIA DE ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE ESCASA ENTIDAD Y CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL CULPABLE

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 653/2012 de 27 de julio
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 705/2012 de 27 de septiembre
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 738/2012 de 27 de octubre

LA AGRAVANTE DE “IMPORTANCIA NOTORIA”

CONCEPTO Y FUNDAMENTO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 11 de diciembre de 1987 (RJ 1987/6344).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 8 de octubre de 1997 (RJ 1991/7272).

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 17 de octubre de 1998 (RJ 1998/6878).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 22 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10091).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1427/2000 de 21 de septiembre (RJ 2000\8065).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 788/2001 de 4 de mayo de 2001 (RJ 2001/3611)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 2027/2001 de 6 noviembre (RJ 2001\7873)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1515/2003 de 17 noviembre. (RJ 2004\756).

CUANTIFICACIÓN DE LA NOTORIEDAD EN EL TRÁFICO DE DROGAS

CUANTIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 15 septiembre 1987. (RJ 1987\6344).

EXCLUSIÓN DE LAS SUSTANCIAS INOCUAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1991 (RJ 1991\7262)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1993 (RJ 1993\3164)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1993 (RJ 1993\4194)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1993 (RJ 1993\5103).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1993 (RJ 1993\6913).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1993 (RJ 1993\7825)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1994 (RJ 1994\2334)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994 (RJ 1994\3431)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 969/1994 de 9 mayo. (RJ 1994\3632)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1995 (RJ 1995\2879).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8017)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1995 (RJ 1995\7918)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1996 (RJ 1996\1893)
- Sentencias del Tribunal Supremo de de 11 de octubre de 1996 (RJ 1996\7572)

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- Sentencia núm. 754/1997 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 21 mayo. (RJ 1997\4291).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1997 (RJ 1997\ 1174).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1997 (RJ 1997\ 1819).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1997 (RJ 1997\ 5783)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 1997 (RJ 1997\ 6711)
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 1997 (RJ 1997\ 7994)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1181/1999 de 14 julio. (RJ 1999\6179)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 1999 (RJ 1999\ 7380).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2000 (RJ 2000\ 5245).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1729/2000, de 6 de noviembre.
- Sentencias del Tribunal Supremo núm. 1140/2001 de 14 de junio de 2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2002 (RJ 2002\ 8421)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1729/2000 de 6 noviembre. (RJ 2000\8929)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2055/2001 de 8 noviembre. (RJ 2002\3483).
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 154/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 1 marzo (RJ 2007 4713)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 535/2012 de 26 junio. (RJ 2012\10148)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 726/2012 de 2 octubre. (RJ 2012\11350)

CONCURRENCIA DE PLURALIDAD DE SUJETOS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1985 (RJ 1985\2136)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5418)
- Sentencia Tribunal del Supremo (Sala de lo Penal) de 18 noviembre 1987. (RJ 1987\8540).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1988. (RJ 1988\4095)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1988 (RJ 1988\10305)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1989 (RJ 1989\7703)

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 1 junio 1990. (RJ 1990\4964)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1014/1994 de 17 mayo. RJ 1994\3712
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1008/1995 de 17 octubre. RJ 1995\6969
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 381/1996 de 3 mayo. (RJ 1996\3890).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 754/1997 de 21 mayo. (RJ 1997\4291).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 890/1997 de 20 junio. RJ 1997\4852.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 676/2001 de 20 abril. RJ 2001\3565.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 721/2001 de 3 mayo. RJ 2001\3609
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 3844/2014.

SUSTANCIAS NO INCLUIDAS EN LA TABLAS DEL ACUERDO DEL PLENO DE 21 DE OCTUBRE DE 2001

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 208/2014 de 10 marzo. (RJ 2014\1701)

RELEVANCIA PENAL DE LOS INFORMES PERICIALES EN EL TRÁFICO DE DROGAS

LA VARIACIÓN DE LOS MÁRGENES DE ERROR

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 217/2003 de 18 febrero.(RJ 2003\2391)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 911/2003 de 23 junio.(RJ 2003\6015)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 570/2005 de 4 mayo.(RJ 2005\5783).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 413/2007 de 9 mayo. (RJ 2007\5600).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 308/2013 de 26 marzo. (RJ 2013\4645)

INEXISTENCIA DE ANÁLISIS PERICIALES

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2002
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2002
- Sentencia Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 124/2006 de 9 febrero. (RJ 2006\529)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 119/2006 de 13 febrero. (RJ 2006\2884)
- Sentencia del tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 292/2006 de 15 marzo. (RJ 2006\5422)

AUSENCIA DE APREHENSIÓN DE DROGA

- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1995.
- Sentencia del Tribunal Supremo 6 de febrero de 2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2000
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2002
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2002
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2004 (la ley 12269/2004)
- Sentencia del Tribunal Supremo 4 de mayo de 2004
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005 (la ley 19273/2005)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005 (la ley 27011/2005)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2005 (la ley 29637/2005)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2005 (la ley 37479/2005)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo 10 de marzo de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2005 (la ley 59385/2005)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2005

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2005 (la ley 146757/2005)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2006
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda), núm. 832/2007 de 5 de octubre (RJ 2007, 8269).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 679/2013 De 25 De Julio (RJ 2013, 6798).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) num. 43/2015 de 9 febrero RJ 2015\526.

LA HIPERAGRAVACIÓN DE “GRAVEDAD EXTREMA”

- Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991, de 4 julio (RTC 1991\150)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1889/1994 de 31 octubre. (RJ 1994\9076)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal)núm. 791/1995 de 19 junio. (RJ 1995\4827)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1331/1995 de 29 diciembre. RJ 1995\9632
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 933/1998 de 16 octubre. (RJ 1998\8079)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1534/1999 de 16 diciembre. RJ 1999\9699
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1095/2001 de 16 julio.(RJ 2001\6498)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 582/2004 de 10 mayo. RJ 2005\4298

CRITERIO JURISPRUDENCIAL ACTUAL

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 224/2007 de 19 marzo.(RJ 2007\4714)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 265/2007 de 9 abril. RJ 2007\2258
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 75/2008 de 3 abril. RJ 2008\3571
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 312/2011 de 29 abril. (RJ 2011\4272)

LÍMITES SUBJETIVOS EN SU APLICACIÓN

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1534/1999 de 16 diciembre. (RJ 1999\9699)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 224/2007 de 19 marzo. (RJ 2007\4714)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2007 (Rc 1018/07)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 45/2008 de 29 enero. (RJ 2008\1564)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 576/2008 de 24 septiembre. (RJ 2008\5600).

LA DONACIÓN DE DROGA A DROGODEPENDIENTES

INTRODUCCIÓN

- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1992
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1992
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2001

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1985 - (RJ 1985\ 5416)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 febrero 1986 (RJ 1986\ 620)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1987 (RJ 1987\ 1863)
- Sentencia Tribunal Supremo , de 19 febrero 1990 – (RJ 1990\ 1574)
- Sentencia Tribunal Supremo , de 28 septiembre de 1990 – (RJ 1990\ 7264)
- Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 628/1992 - (RJ 1992\2384)
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 2349/1992, de 6 noviembre – (RJ 1992\ 8942)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1993 – (RJ 1993\ 1488)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 715/1993, de 25 marzo – (RJ 1993\ 2551)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 junio 1993 - (RJ 1993\ 4801)
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 290/1994, de 9 febrero – (RJ 1994\ 685)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 985/1998 – (RJ 1998\ 5998)

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

REQUISITOS JURISPRUDENCIALES PARA APRECIAR COMO ATÍPICA LA DONACIÓN DE DROGAS

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1032/1997 de 14 julio – (RJ 1997\5591)
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 985/1998, de 20 julio - RJ 1998\ 5998
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1653/1998 de 22 diciembre – (RJ\1998\9814)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1657/1998, de 22 diciembre – (RJ 1998\ 10323)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1468/2000, de 26 septiembre - (RJ 2000/8476)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1704/2002
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1453/2001, de 16 julio
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1212/2002, de 29 junio – (RJ 2002/6728)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1704/2002 de 21 octubre – (RJ 2002\ 10808)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003 – (RJ 2003/927)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1490/2004 de 22 diciembre – (RJ 2005\397)

LA ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE DETERMINADOS SUPUESTOS DE DONACIÓN DE DROGAS

CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO

- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1992 – (RJ 1992, 6133)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1993 – (RJ 1993/3162)
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 837/1997, de 11 junio – (RJ 1997\ 5600)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1032/1997 de 14 julio – (RJ 1997\ 5591)
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 1704/2002, de 21 octubre – (RJ 2002\ 10808)

ATENUANTE POR ANALOGÍA DE EXIMENTE INCOMPLETA DE ESTADO DE NECESIDAD

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2349/1992, de 6 noviembre – (RJ 1992\ 8942)
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 1121/1997, de 18 septiembre – (RJ 1997\ 7707)
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 1342/1997, de 3 noviembre – (RJ 1997\ 7901)

ATENUANTE ANALÓGICA DE MIEDO INSUPERABLE

- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1987 - (RJ 1987\ 1274)
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 2479/1993, de 8 noviembre – (RJ 1993\ 8295)

ATENUANTE DE ESTADO PASIONAL

- Sentencia Tribunal Supremo núm. 887/1993 de 20 abril – (RJ 1993\ 3162)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero 2003 - (RJ 2003\ 927)

EL CONSUMO COMPARTIDO

CONCEPTO Y EVOLUCIÓN

- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1981
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 julio de 1984 - (RJ 1984\3895)
- Sentencia dsel Tribunal Supremo de 6 de abril de 1989 - (RJ 1989\3026)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2367/1992, de 2 noviembre – (RJ 1992\8866)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre 1992 - (RJ 1992\10446)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm 216/1993 de 4 febrero – (RJ 1993 860)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 543/1994, de 3 marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 noviembre de 1994 – (RJ 1994\9995)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 467/1995 de 28 marzo – (RJ 1995\2246)

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 718/2006 de 30 junio – (RJ 2006\3981)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1) núm. 1037/2007, de 5 diciembre – (RJ 2007\8672)

FUNDAMENTO DE LA CAUSA DE ATIPICIDAD

- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1985 - (RJ 1985\1654)
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 2402/1992, de 11 noviembre – (RJ 1992\9274)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1993
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 marzo de 1993
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 443/1994
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 323/1995, de 3 marzo – (RJ 1995\1794)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 467/1995, de 28 marzo – (RJ 1995\2246)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1) núm. 1037/2007, de 5 diciembre - (RJ 2007/8672)

REQUISITOS JURISPRUDENCIALES PARA LA APRECIACIÓN DEL CONSUMO COMPARTIDO

- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1994 – (RJ 1994, 9144)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1995 – (RJ 1995, 681)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1995 - (RJ 1995, 8011)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1995 - (RJ 1995, 8326)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1143/1995, 15 de diciembre – (RJ 1995, 9195)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 983/2000, de 30 de mayo - (RJ 2000, 6108)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1778/2000, 21 de noviembre – (RJ 2000, 9551)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 216/2002, de 11 mayo – (RJ 2002\4737)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2063/2002, de 23 de mayo - (RJ 2003, 4095)

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1251/2002, de 5 de julio - (RJ 2002, 7937)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 390/2003, 18 de marzo – (RJ 2003, 2670)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 281/2003, 1 de octubre - (RJ 2003, 7213)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1982/2002 de 28 de enero de 2004 - (RJ 2004, 1729)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995 – (RJ 1995, 1800)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1998 – (RJ 1998, 3760)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1999 – (RJ 1999, 1269)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 378/2006
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 578/2006, de 22 de mayo – (RJ 2006, 3315)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1) núm. 978/2006, de 2 octubre – (RJ 2006 9013)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1) núm. 1038/2006, de 19 octubre
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 680/2006 – (RJ 2006/3981)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1) núm. 1254/2006, de 21 de diciembre – (RJ 2006\8394)
- Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo Penal, Sección 1) núm. 62/2007, de 17 de enero – (RJ 2007\744)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4839/2007, 25 de junio
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1) núm. 765/2007, de 21 septiembre - RJ 2007\5466
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1037/2007 – (RJ 2007 8672)
- Sentencia del Tribunal Supremo 19 de noviembre de 2012 - (Rc 385/2012)

LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES DE CANNABIS COMO FORMA DE AUTOCONSUMO COMPARTIDO

- Sentencia del Tribunal Supremo 775/2004, de 14 de junio (RJ 2004, 5054)

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- Sentencia del Tribunal Supremo 201/2009, de 6 de marzo (RJ 2009, 1142)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, Secc. 1ª, 250/09, de 6 de julio.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 6ª) núm. 42/2014 el 16 junio de 2014. (JUR\2014\218388)
- Sentencia del Tribunal Constitucional. JUR\2015\106010.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 484/2015 de 7 septiembre (RJ\2015\4178).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 1377/1997, de 17 de noviembre (RJ 1997, 8047).

EL ESTADO DE NECESIDAD OBJETIVO JUSTIFICANTE EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

EL ESTADO DE NECESIDAD: BREVE REFERENCIA A LA PONDERACIÓN DE INTERESES EN CONFLICTO

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 978/2006 – (RJ 2006/9013)

CRITERIOS PARA DETERMINAR LA SITUACIÓN DE ESTADO DE NECESIDAD EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1983
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1994
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1994
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1995
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1995
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1996 – (RJ 1996\7574)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1998 - (RJ 1998\2972)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 615/1998 de 14 de diciembre - (RJ 1998\10346)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 julio 1999 - (RJ 1999\5634)

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

LA PONDERACIÓN DE INTERESES EN CONFLICTO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo 1992 – RJ1992\3696)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1186/1994, de 8 de Junio - (RJ 1994/4544)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 729/1996, de 14 octubre – (RJ 1996\7574)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1998 - (RJ 1998\52)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998 - (RJ 1998\7107)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1999 - (RJ 1997\7189)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1354/1999, de 1 octubre – (RJ 1999\7596)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1652/2000, de 30 de octubre - (RJ 2000/9536)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1957/2001 de 26 de octubre - (RJ 2001/9086)

LA APRECIACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA MODIFICATIVA DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE ESTADO DE NECESIDAD EN EL TRÁFICO DE DROGAS

COMO EXIMENTE COMPLETA

- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991 – (RJ 1991\3002)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1415/1997, de 24 de noviembre - (RJ 1997\8933)
- Sentencia núm. 266/1997 de la Audiencia Provincial de Madrid (ARP 1997/788)

COMO EXIMENTE INCOMPLETA

- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1994
- Sentencia de 8 de Junio de 1994 (RJ 1994 4544)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 667/1996 de 8 de octubre – (RJ 1996\7136)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 9/2000, de 16 de marzo (ARP 2000\1064)

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

- Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid núm. 71/2001, de 23 de febrero (JUR 2001\138388)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 58/2001, de 6 de junio (JUR 2001\304651)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1576/2001 de 29 de noviembre

COMO ATENUANTE ANALÓGICA

- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1996 - (RJ 1996/8569),
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1996 - (RJ 1996/296)
- Sentencia del Tribunal supremo de 16 de septiembre de 1996 - (RJ 1996/6617)
- Sentencia de 14 de julio de 1997 (RJ 1997/5591)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1121/1997 de 18 de septiembre - (RJ 1997/7707)

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ GARCÍA F.J (Dr.) y otros, EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, TIRANT MONOGRAFÍAS 617, Tirant Lo Blach, Valencia 2009.
- ARANGUEZ SANCHEZ, C, CRITERIOS DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA DELIMITAR EL ÁMBITO DE LO PUNIBLE EN LA POSESIÓN DE DROGAS, Revista Penal de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 1-4-1999.
- BERISTAIN: CUESTIONES PENALES Y CRIMINOLOGÍAS. Editorial Reus 1979,
- RICO LARA, M. EN LAS DROGAS, SU DIMENSIÓN SOCIAL Y JURÍDICA, EN TOXICOLOGÍA DE LA DROGADICCIÓN. Editorial Díaz de Santos, S.A. Madrid/Barcelona.
- CANCIO MELIÀ, Manuel. LA TEORÍA DE LA ADECUACIÓN SOCIAL EN WELZEL. ADPCP, Fasc. II, 1993.
- CALLE RODRIGUEZ, M.^a Victoria, RAZONES DE LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN CUANTO A LA NOTORIEDAD EN EL DELITO DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPIAS, Diario La Ley, núm. 5477, 7 de febrero de 2002
- CIMÁS GIMÉNEZ, M^a del Carmen (Dra.), DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES. NUEVOS HÁBITOS, NUEVOS CONSUMOS. Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación continuada 37 – Madrid, 2006
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: EL TRATAMIENTO PENAL DEL TRÁFICO DE DROGAS: LAS NUEVAS CUESTIONES” EN LA PROBLEMÁTICA DE LAS DROGAS EN ESPAÑA. Edersa (Editoriales Reunidas, SA)
- CORDOBA RODA: EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. ESTUDIOS PENALES Y CRIMINOLOGÍA IV. Universidad de Santiago 1981.
- CORDOBA RODA (DR.), COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL, PARTE ESPECIAL, VVAA , Marcial Pons, 2004
- GARCÍA PABLOS: BASES PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL DE LA DROGA EN ESPAÑA (ANÁLISIS Y PROPUESTAS POLÍTICO CRIMINALES), Madrid, 1986.
- GRANADOS PÉREZ, Carlos, JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, LALEY, Madrid, 2007
- JAEN VALLEJO, Manuel, EL NUEVO CRITERIO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACIÓN DE “CANTIDAD DE NOTORIA IMPORTANCIA” DEL ART. 369.3 CP – NOTA SOBRE EL ACUERDO DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

OCTUBRE DE 2001, REVISTA ELECTRÓNICA DE CIENCIA PENAL Y CRIMINOLOGÍA, RECPC04-j02 (2002).

- ARILLA PLATERO, Jesús, TRAFICAR CON DROGAS POR NECESIDAD: VIDA HUMANA VERSUS SALUD PÚBLICA, Boletín Aranzadi Penal núm. 3/2002, Marzo de 2002.
- LORENZO SALGADO: REFORMA DE 1983 Y TRÁFICO DE DROGAS. LA PROBLEMÁTICA DE LA DROGA EN ESPAÑA. ANÁLISIS Y PROPUESTAS POLÍTICO-CRIMINALES. Edersa (Editoriales Reunidas, SA) 1986
- LORENZO SALGADO, J.M.: LAS DROGAS EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL. Bosch, Casa Editorial, S.A. (2º Edición).
- LUIS RODRIGUEZ RAMOS (Dr.), CÓDIGO PENAL –CONCORDADO Y COMENTADO CON JURISPRUDENCIA Y LEYES PENALES ESPECIALES Y COMPLEMENTARIAS, 4ª Edición, , Madrid, 2011
- M. ACALE SÁNCHEZ, DELITOS URBANÍSTICOS, Cedecs, Barcelona, 1997,
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, ¿SON VINCULANTES LOS ACUERDOS DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA SEGUNDA DEL Ts? (A PROPÓSITO DEL ACUERDO DE 18 DE JULIO DE 2006), Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECEP 10-02-08
- MANJON-CABEZA OLMEDA, A; TIPICIDAD “MÍNIMA” EN EL DELITO DEL ARTÍCULO 368 CÓDIGO PENAL. CANTIDAD DE DROGA Y ATENUACIÓN. CRÓNICA DE UNA REFORMA ANUNCIADA; Diario LA LEY núm. 6617, de 27 de diciembre de 2006.
- MARTINEZ BURGOS, C.: LAS DROGAS ANTE LA LEY. Cía. Bibliográfica Española. Madrid, 1973.
- MOLINA MANSILLA, Mª del Carmen, EL DELITO DE NARCOTRÁFICO, Editorial Bosch, Barcelona, 2008
- MONTERO LA RUBIA, F.J.; SUPUESTOS DE ATIPICIDAD EN EL TRÁFICO DE DROGAS; Portal De Internet Noticias Jurídicas, Febrero De 2005.
- MORALES PRATS Fermín, MANUAL DE DERECHO PENAL, Aranzadi, 2ª Edición, 2000
- MUÑOZ CONDE, F.: DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1995
- MUÑOZ CUESTA, F.J., INAPLICACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA DE PARENTESCO COMO ATENUANTE EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, DE 9 DE ENERO DE 2004, Repertorio De Jurisprudencia Núm. 9/2004, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2004.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- MUÑOZ CUESTA, F, EXTREMA GRAVEDAD EN TRÁFICO DE DROGAS: APRECIACIÓN EXCLUSIVAMENTE POR LA CANTIDAD DE DROGA CON LA QUE SE TRAFICA, Repertorio De Jurisprudencia Num. 29/2008 Parte Comentario Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2008.
- PALMA HERRERA J.M., «EL CONCEPTO DE "GRAVE DAÑO A LA SALUD" EN EL ART. 344 DEL CÓDIGO PENAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL "ÉXTASIS"», Código Penal, 1996 (58).
- PRIETO RODRÍGUEZ, J I : EL DELITO DE TRÁFICO Y EL CONSUMO DE DROGAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL, Aranzadi, 1993
- POLAINO LORENTE Y POLAINO NAVARRETE: COMENTARIOS MÉDICO-PSIQUIÁTRICOS Y JURÍDICO PENALES A LA LEGISLACIÓN VIGENTE SOBRE TOXICOMANÍAS. Revista De Estudios Penitenciarios, 1972, Octubre-Diciembre.
- QUINTERO OLIVARES (Dr.), COMENTARIOS AL NUEVO CÓDIGO PENAL, Aranzadi, Pamplona, 1996
- REDONDO HERMIDA, Álvaro. LA DOCTRINA DE LA «IGNORANCIA DELIBERADA» EN LA JURISPRUDENCIA PENAL ESPAÑOLA La Ley Penal, N.º 63, Editorial LA LEY Septiembre 2009
- REY HUIDOBRO F., LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS” En La Ley, 6 De Marzo De 1996
- REY HUIDOBRO, Luis Fernando. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO, EN MATERIA DE TRÁFICO DE DROGAS. Revista Aranzadi Doctrinal Num.8/2010.(BIB 2010 2246).
- RODRIGUEZ DEVESA José María, Derecho Penal Español, Parte General, 2ª Edición, Madrid, 1971
- SEQUEROS SAZATORNIL, F.: EL TRÁFICO DE DROGAS ANTE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO (EVOLUCIÓN NORMATIVA, DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL), La Ley, 2000.
- ROXIN, DERECHO PENAL, PARTE GENERAL. ED Civitas 1997, Pág. 294
- SEQUEROS SAZATORNIL, EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA Y SU IRRELEVANCIA EN EL TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS: ANÁLISIS DEL “INJUSTO DE BAGATELA”; Diario LA LEY Núm. 5927, De 7 De Enero De 2004.
- SEQUEROS SATAZORNIL, F; EN TORNADO A LA CONVENIENCIA DE RECONSIDERAR LA IDONEIDAD DE LA DENOMINADA “DOSIS MÍNIMA PSICOACTIVA COMO PRESUPUESTO OBJETIVO PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS.”; DIARIO LA LEY 6271, De 9 De Junio De 2005.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

- SEQUEROS SAZATORNIL, F., OBSERVACIONES AL TEXTO DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL SOBRE DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA (ARTÍCULOS 368 A 378 CÓDIGO PENAL), Diario LA LEY, Núm. 6732, De 11 De Junio De 2007.
- SEQUEROS SAZATORNIL, F. SOBRE LA NECESIDAD DOGMÁTICA DE REVISAR LA DIMENSIÓN DEL SUBTIPO AGRAVADO DE «NOTORIA IMPORTANCIA» Diario La Ley, Nº 5467, Sección Tribuna, 24 Ene. 2002, Año XXIII, Ref. D-27, Editorial LA LEY
- URBANO CASTRILLO, Eduardo. LA CANTIDAD DE DROGA EN EL NARCOTRÁFICO. La Ley Penal, Núm. 17. Año II. Junio De 2005
- VALLE MUÑIZ, JM: TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL DEL TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS TÓXICAS. COMENTARIOS AL NUEVO CÓDIGO PENAL, VV.AA, Aranzadi.
- VARGAS CABRERA, BARTOLOMÉ DICTÁMENES PERICIALES SOBRE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES. Estudio Jurisprudencial Diario La Ley, Nº 6682, Sección Doctrina, 29 Mar. 2007, Año Xxviii, Ref. D-77, Editorial La Ley.
- VAZQUEZ IRUZUBIETA, LA LEY, COMENTARIO AL CÓDIGO PENAL (ACTUALIZADO POR LO 5/2010 DE 22 DE JUNIO), , Madrid, 2010
- VVAA CÓDIGO PENAL CON JURISPRUDENCIA, 2ª Edición, , Aranzadi, Pamplona, 2015
- Diario El País, 11 De Febrero De 2004: “Toxicología Se Desvincula Del Baremo Que Utiliza El Supremo Para Condenar A “Camellos””:
- Informe Al Anteproyecto De Ley Orgánica Por El Que Se Modifica La Ley Orgánica 10/1995, De 23 De Noviembre, Del Código Penal
- Proyecto De Ley Orgánica De Modificación Del Código Penal.
- Instrucción 2/2013 De La Fiscalía General Del Estado Sobre Algunas Cuestiones Relativas A Asociaciones Promotoras Del Consumo De Cannabis.
- ESTADÍSTICAS 2013 Alcohol, Tabaco Y Drogas Ilegales En España, Observatorio Español De La Droga Y Las Toxicomanías

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS

CIRCULARES E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- Circular 1 de julio de 1983, de la Fiscalía General del Estado
- Circular 1/1984 De La Fiscalía General Del Estado Sobre Interpretación del art. 344 Del Código Penal
- Circular del Estado 2/2005, de 31 de marzo, de La Fiscalía General
- Instrucción 2/2013 de la Fiscalía General del Estado sobre algunas cuestiones relativas a asociaciones promotoras del consumo de cannabis.

ACUERDOS DEL PLENO DE LA SALA 2ª DEL TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de pleno no jurisdiccional de Sala de 21 de mayo de 1999.

- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001 sobre la agravante específica de cantidad de notoria importancia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas
- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de Enero de 2003 que acuerda del Instituto Nacional de Toxicología informe dirigido a precisar la cuantía mínima de droga con valor de principio activo con el fin de armonizar la doctrina de la Sala.
- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 13 De Diciembre De 2004 sobre Sustancia GHB (gammahidroxitirato y acido gammahidroxitirico). Criterio para poder apreciar la agravante específica de cantidad de notoria importancia.
- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 2005 que acuerda "continuar manteniendo el criterio del INT relativo a las dosis mínimas psico-activas, hasta tanto se produzca una reforma legal o no adopte otro criterio o alternativa....".
- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005 sobre la penalidad de algunos supuestos de los arts. 368 y 369 CP
- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005, sobre aprobación de una propuesta de modificación del art. 368 del Código Penal.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS
CUESTIONES ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICAS**

- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006, sobre vinculación de los Acuerdos del Pleno del Tribunal Supremo.
- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008 sobre alcance de la extrema gravedad en relación con el exceso notable de notoria importancia y utilización del buque